UNIVERSITÉ DE LAUSANNE — FACULTÉ DE DROIT

LES DELITS RELATIFS A LA CONSTITUTION ET A LA GESTION DU CAPITAL SOCIAL

(ETUDE DE DROIT FRANÇAIS)

THESE

de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
par

SAID ACHTARI
licencié en droit
licencié en sciences pédagogiques

Imprimerie Vaudoise
Lausanne
1977

LES DELITS RELATIFS A LA CONSTITUTION ET A LA GESTION DU CAPITAL SOCIAL

(Etude de droit français)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546820_0024

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE — FACULTÉ DE DROIT

LES DELITS RELATIFS A LA CONSTITUTION ET A LA GESTION DU CAPITAL SOCIAL

(ETUDE DE DROIT FRANÇAIS)

THESE

de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
par

SAID ACHTARI
licencié en droit
licencié en sciences pédagogiques

Imprimerie Vaudoise
Lausanne
1977

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Saïd ACHTARI, candidat au doctorat en droit, intitulée : « Les délits relatifs à la constitution et à la gestion du capital social (Etude de droit français). »

Lausanne, le 4 avril 1977.

Le Doyen de la Faculté
Pierre MOOR.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre vive reconnaissance à Monsieur Guy FLATTET pour l'extrême bienveillance qu'il n'a cessé de nous témoigner au cours de l'élaboration de notre travail.

Nous remercions également Messieurs Henri GUERIN, Avocat général près la Cour d'appel de Paris, André AUDUREAU et Jacques LACOSTE, substituts généraux à la Cour d'appel de Paris, qui, bien qu'extrêmement sollicités par leurs importantes fonctions, ont bien voulu nous recevoir à Paris et nous faire bénéficier de leurs précieux conseils.

Enfin, nos remerciements s'adressent au Gouvernement iranien qui, par l'intermédiaire de son Consulat général à Genève, a bien voulu participer aux frais d'impression de notre thèse.

A la mémoire de mon père

A ma mère

A mon épouse et à mes enfants
pour le temps qui leur a été enlevé

Table des matières

Introduction 17

Chapitre préliminaire : *Généralités sur le droit pénal des sociétés* 19

Section I : Le fondement des incriminations 22
§ 1. Protection de l'épargne 24
§ 2. Protection des tiers 25
§ 3. Protection de l'esprit d'initiative 26

Section II : Les facteurs du développement 27
§ 1. Transformation du régime juridique de la société 28
§ 2. Changement de structure et fonctionnement de la société 28
§ 3. Influence du droit économique 29

Section III : Rappel historique de la loi du 24 juillet 1966 30

PREMIÈRE PARTIE

Délits relatifs à la recherche et à la formation du capital social

Chapitre I *Le délit d'émission* 37

Section I : Eléments matériels du délit 38
A. Les irrégularités dans la constitution 38
1. Emission avant l'immatriculation de la société au Registre du commerce 39
2. Emission à une époque quelconque si l'immatriculation a été obtenue par fraude 39
3. Emission d'actions lorsque les formalités de la constitution n'ont pas été régulièrement accomplies 39

Sous-section I : Les règles relatives à la constitution de la société faisant appel public à l'épargne :
§ 1. Le nombre des associés 41
— L'article 73 et la nullité 42

§ 2. Le projet des statuts doit être déposé au greffe du Tribunal de commerce . . . 44
§ 3. La publication de la notice au B.A.L.O. . . . 45
§ 4. Le capital social doit être entièrement souscrit . . . 46
— La souscription conditionnelle . . . 48
§ 5. La souscription doit émaner de souscripteurs sérieux . . . 49
— Position de la doctrine . . . 50
— Souscription par prête-nom et jurisprudence . . . 51
§ 6. La libération régulière des actions . . . 54
a) La libération des actions de numéraire . . . 55
b) La libération des actions d'apport . . . 55
§ 7. Le dépôt des fonds . . . 57
§ 8. Déclaration notariée des souscriptions et des versements . . . 58
— Le rôle du notaire dans la constitution de la société . . . 59
§ 9. Assemblée générale constitutive . . . 61
— Régularisation des irrégularités . . . 62
Sous-section II : Les règles relatives à la constitution de la société ne faisant pas appel public à l'épargne . . . 63
B. L'émission . . . 64
Section II : Elément intentionnel . . . 66
Section III : Les modalités de la poursuite et de la répression . . . 67
§ 1. Les auteurs du délit . . . 67
§ 2. La complicité . . . 68
§ 3. La prescription . . . 68
§ 4. Les pénalités . . . 68

Chapitre II *Le délit de déclaration notariée mensongère* . . . 69
Section I : Elément matériel . . . 71
Section II : Elément intentionnel . . . 74
Section III : Les modalités de la poursuite et de la répression . . . 75
§ 1. Les auteurs du délit . . . 75
§ 2. La tentative . . . 76
§ 3. La complicité . . . 76
§ 4. La prescription . . . 76
§ 5. Les pénalités . . . 77

Chapitre III *Le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature* . . . 79
L'affaire Willot, exposé des faits . . . 81
Les conditions de la prise de contrôle de la Belle-Jardinière et de Saint-Frères 82
Section I : Evaluation d'un apport en nature à un chiffre supérieur à sa valeur réelle . . . 83
— La valeur réelle dans la doctrine et la jurisprudence . . . 85
— Position de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation à propos de la valeur réelle . . . 86

Section II : La surévaluation doit être obtenue frauduleusement 88

Section III : Elément intentionnel 90

Section IV : Les modalités de la poursuite et de la répression 91

§ 1. Les auteurs du délit 91
§ 2. La complicité 91
§ 3. La tentative 92
§ 4. La prescription 92
§ 5. Les pénalités 92

Chapitre IV *Le délit de simulation et la publication de faits faux* 93

Remarques préliminaires 93

Section I : Emploi de moyens illicites 94

A. La simulation 94
B. La publication de faits faux 96

Section II : Obtention ou tentative d'obtention de souscriptions ou de versements 101

Section III : Elément intentionnel 103

Section IV : Les modalités de poursuite et de la répression 104

§ 1. Les auteurs du délit 104
§ 2. La tentative 104
§ 3. La complicité 104
§ 4. La prescription 105
§ 5. Les pénalités 105

DEUXIÈME PARTIE

Le délit relatif à la gestion du capital social

Le délit d'abus des biens et du crédit de la société 109

Généralités 109

Chapitre I *L'abus de confiance commis par les administrateurs des sociétés par actions* 113

Section I : Le mandat général d'administrer 113

Section II : Les caractères et les effets du mandat général d'administrer . . . 119

§ 1. La portée et les caractères 119
§ 2. Les conséquences du mandat général d'administrer 121

Section III : Le détournement 123

§ 1. Le détournement simple 124

§ 2. Le détournement par voies indirectes 127

§ 3. Le détournement réalisé au profit de tiers ou réalisé grâce aux relations des sociétés entre elles 130

Chapitre II *Le délit d'abus des biens et du crédit de la société* 135

Section I : Historique 135

A. Proposition Lesaché 135

B. Projet de loi Flandin-Pernot 137

Section II : Le champ d'application du délit 138

Section III : Les personnes responsables 141

A. La jurisprudence d'avant 1966 142

B. La jurisprudence après l'entrée en vigueur de la loi de 1966 143

Section IV : Eléments constitutifs du délit d'usage abusif des biens et du crédit de la société 146

I. Usage abusif des biens et du crédit contraire aux intérêts de la société . 146

a) Usage abusif 146

§ 1. Définition 146

§ 2. Jurisprudence et usage abusif 147

— Affaire C.N.L. 148

— Affaire Willot 150

— Arrêt du 16 décembre 1975 de la Cour de cassation 153

— Rémunérations et honoraires 154

— Commentaires sur quelques décisions d'espèces rendues par la 11e Chambre du Tribunal correctionnel de Paris. 160

b) Usage contraire aux intérêts de la société 166

— La doctrine et la notion d'acte contraire à l'intérêt social . . . 167

— L'acte contraire à l'intérêt de la société et la loi 168

— Le rôle de l'assemblée générale dans la détermination de l'intérêt social 169

II. Intérêt personnel 177

— Intérêt personnel dans la doctrine 177

III. Mauvaise foi 181

Section V : Les modalités de la poursuite et de la répression 183

§ 1. La prescription de l'action publique 183

A. Remarques préliminaires 183

B. Position de la doctrine 184
C. Position de la jurisprudence 185
D. Critique de la jurisprudence 192
§ 2. Le recel d'abus de biens sociaux 194
§ 3. La complicité 196
§ 4. La tentative 196
§ 5. Les pénalités 196
Section VI : Critique du délit d'abus des biens sociaux 197
A. Application du délit à l'égard de certaines sociétés 197
B. Critique de l'échelle des peines 199
Section VII : La répression du délit d'abus des biens sociaux en Allemagne 201
Conclusion 209
Bibliographie 211

Liste des abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. nat.	Assemblée nationale
B.A.L.O.	Bulletin des annonces légales obligatoires
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
Cass. com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass. req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes
C. Pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
Chron.	Chronique
D.	Recueil Dalloz (depuis 1945)
Déc.	Décret
Décr.-L.	Décret-Loi
D. P.	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (pour les années antérieures à 1941)
D. S.	Recueil Dalloz-Sirey
Déb. parl.	Débats parlementaires
Doct.	Doctrine
F.	Francs
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
J.-cl. soc.	Juris-classeur sociétés
J.-cl. pénal	Juris-classeur pénal
J.-cl. p.	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JO	Journal officiel
J. soc.	Journal des sociétés
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence

Loc. cit.	Loco citato
N°	Numéro
Observ.	Observations
Op. cit.	Opere citato
P.	Page(s)
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit comparé
Rev. trim. dr. comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. soc.	Revue des sociétés
S.	Sirey
Sect.	Section
Somm.	Sommaires
SS.	Suivant(e)s
Trib.	Tribunal
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
T.	Tome

Introduction

La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a apporté une profonde réforme au droit des sociétés en France. Consécration ou innovation hardie, cette loi contient, pour la première fois, une partie entièrement consacrée aux infractions relatives au droit des sociétés. C'est l'étude de certains de ces délits qui fait l'objet de notre travail.

Toutes les dispositions pénales de cette loi, si nombreuses soient-elles, ne sont pas créées par la loi de 1966. Certaines d'entre elles existaient depuis assez longtemps, éparpillées dans différents textes légaux. D'autres sont introduites par la loi nouvelle. La réforme n'a fait que les rassembler dans un corps unique.

Les dispositions prévues par le titre II de la loi du 24 juillet 1966 sanctionnent les inobservations des règles relatives à la constitution de la société, à la direction et à la gestion, aux assemblées générales, au contrôle et à la liquidation de la société.

Nous avons choisi l'étude des infractions se rapportant à la constitution et à la direction de la société anonyme.

Notre travail comportera deux parties :

I. En premier lieu, nous étudierons les délits d'émission, de déclaration notariée mensongère, de majoration frauduleuse d'apport en nature et de simulation et de publication de faits faux.

Ces délits existaient bien avant la réforme. Ils ont en commun l'idée de mensonge, de manœuvres frauduleuses ; ils sont commis lors de la recherche et de la formation du capital. C'est ce qui nous a conduit à intituler la première partie de notre travail « Infractions relatives à la recherche et à la formation du capital ».

II. La deuxième partie de notre étude est relative à l'analyse du délit d'abus des biens et du crédit de la société. Il s'agit d'un délit assez ancien ;

les tribunaux ont eu l'occasion de l'examiner sous ses divers aspects. Cette jurisprudence retrace la lutte continue des tribunaux contre la mainmise de dirigeants malhonnêtes des sociétés sur les biens qui ne leur appartiennent pas.

En étudiant cette infraction, nous avons constaté l'effort des cours et des tribunaux qui, en l'absence d'un texte légal réprimant les agissements frauduleux des dirigeants sociaux, ne se sont pas reconnus désarmés pour protéger les tiers et les biens sociaux.

En effet, le texte punissant l'abus des biens sociaux a vu le jour avec le décret-loi du 8 août 1935. Auparavant, les tribunaux, considérant les dirigeants sociaux comme mandataires des actionnaires, appliquaient les dispositions de l'article 408 du Code pénal relatif à l'abus de confiance aux agissements illégaux des administrateurs. Nous étudierons donc dans un premier chapitre « l'abus de confiance commis par les administrateurs des sociétés par actions ». Le deuxième chapitre de cette seconde partie sera consacré à l'étude des éléments constitutifs du délit d'abus des biens et du crédit de la société.

* * *

Avant de commencer notre étude, il nous semble opportun de dire que la doctrine étudie généralement les incriminations de la loi en matière de société sous l'appellation du « droit pénal des sociétés ». Quelle est cette branche nouvelle du droit ? Comment est-elle née ; quel est son fondement et quel accueil la doctrine a-t-elle réservé à l'intrusion du droit pénal dans les relations d'affaires ? A première vue, il paraît incompatible de voir coexister deux branches de nature fondamentalement différentes : l'une, le droit pénal, avec des bases et principes stricts dont les règles répondent à des définitions rigoureuses ; l'autre, le droit commercial, vu la nature de la vie des affaires exige flexibilité et souplesse.

C'est pour répondre à ces questions qu'il nous semble nécessaire de consacrer quelques pages, en guise d'introduction, à l'étude des généralités sur le droit pénal des sociétés, et d'examiner la position de la doctrine à son égard, sa raison d'être et les facteurs qui ont favorisé son développement.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Généralités sur le droit pénal des sociétés

Les infractions prévues par la loi dans le domaine des sociétés commerciales sont d'une importance particulière, vu le rôle que les sociétés jouent dans l'économie d'un pays. Presque toutes les grandes entreprises et un grand nombre des moyennes appartiennent, en France, à des sociétés anonymes.

« Si nous mettons la société anonyme au premier rang dans le groupe des sociétés par actions, c'est qu'elle est aujourd'hui la forme juridique de beaucoup la plus importante. » [1]

La société anonyme est bien la pierre angulaire de notre économie libérale et c'est grâce à elle que le monde capitaliste a connu son développement [2]. Mais il faut voir le revers de la médaille.

En droit pénal classique s'il y a meurtre, vol ou viol, l'affaire paraît simple ; d'un côté nous trouvons l'auteur et ses éventuels complices, d'un autre côté le plaignant généralement la victime. Celui-ci, conscient de ses droits, déclenche l'action publique. Le rôle du juge est relativement facile : il vérifie si les éléments constitutifs du délit sont réunis, puis il applique la loi.

On pourrait soutenir qu'un tel processus est également valable pour le droit pénal des sociétés. Dans la pratique, cela n'est pas tout à fait exact, car s'il est vrai qu'en droit pénal classique la mise en accusation d'un coupable est souvent aisée, dans notre domaine, elle se révèle parfois impossible. La découverte des irrégularités n'est pas simple ; et qui tiendra-t-on pour responsable ?

---

1 RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd. par Roblot, LGDJ, Paris 1968, p. 540, nº 1025.

2 RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris 1946.

Chaque individu sait que le vol ou le meurtre est punissable, mais s'il a placé ses économies sous forme d'actions, dans une société anonyme, il ne connaît pas nécessairement ses droits et ses obligations [3].

Si le méfait d'un assassin peut nuire à une personne ou à une famille, un scandale financier, suivant son importance, risque d'ébranler l'économie d'un pays et de conduire certains petits épargnants à des gestes de désespoir.

Il faut désormais admettre que la criminologie n'a plus seulement pour objet le crime passionnel, crapuleux ou autre, mais aussi celui d'une délinquance qui fait en quelque sorte partie intégrante d'une activité licite dont le crime ne salit pas les mains [4]. On parle de la délinquance en col blanc [5].

On entend souvent dire que « les affaires, c'est l'argent des autres ». Des expressions courantes comme « cabinet d'affaires », « gestion d'affaires » montrent que l'activité de l'homme d'affaires consiste à s'occuper des activités financières d'autrui. Cette occupation créé nécessairement et inévitablement la tentation de s'approprier ce qu'on lui a confié. C'est cette tentation qu'une partie du droit pénal des sociétés veut réprimer. « Tous les hommes (selon Gil Blas) aiment à s'approprier le bien d'autrui. C'est un sentiment général. La manière seule est différente. » [6]

L'intrusion du droit pénal dans les relations commerciales n'a pas été favorablement accueillie. D'après Ripert, « le droit des sociétés a pris l'aspect fâcheux d'un droit répressif ». [7] Il regrette que « la saison des juges ait accompagné l'ère des sociétés par actions ». [8]

Escarra déclare que les sanctions pénales sont des « procédés archaïques et mal adaptés au rôle que doivent jouer les sociétés par actions dans l'économie d'un pays ». Il rappelle « qu'il faudrait tout de même changer d'optique et admettre que les sociétés par actions ne sont pas faites uniquement pour alimenter la section financière du Parquet de la Seine ». [9]

Le doyen Hamel adopte un point de vue moins catégorique, lorsqu'il se demande « si l'emploi judicieux de sanctions pénales sévères et bien appliquées ne serait pas préférable à une règlementation minutieuse et tâtillonne qui paralyse si souvent les initiatives des hommes d'action ». [10]

---

[3] Dans ce sens, MAZEAUD, « La souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Paris 1963, T. XV, pp. 330 et ss.

[4] LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, Coll. U. Paris 1970, p. 8.

[5] Voir les travaux du Congrès de Limoges sur la nouvelle criminologie des affaires : DELMAS-MARTY : « La criminalité d'affaires », *Rev. sc. crim.*, 1974, 45 ; ROBERT, *Le droit pénal des affaires*, PUF 1976, p. 6.

[6] Cité par LARGUIER, *op. cit.*, p. 9.

[7] RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e éd., p. 476, no 984.

[8] RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., Paris 1951, p. 12.

[9] ESCARRA, *Cour de droit commercial*, no 731.

[10] HAMEL, préface du *Droit pénal spécial des sociétés anonymes*, Paris 1955, p. 12.

Le droit pénal des sociétés a été traité « en parent pauvre de la doctrine », selon l'expression de Bouloc [11]. Rares sont les articles juridiques consacrés à cette nouvelle branche du droit : ils sont en général défavorables à l'inflation des articles d'ordre pénal dans la loi du 24 juillet 1966. « Les auteurs de la réforme de 1966, disait un avocat américain, ont complété leur ouvrage par des dispositions pénales d'une ampleur et d'une sévérité sans doute inégalée dans le monde civilisé ! . . Je me demande par quel processus de raisonnement, les auteurs de cette loi ont cru néanmoins traiter les dirigeants des sociétés sur le même plan que les malfaiteurs. » [12]

Dans une brochure de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires à propos d'étude sur le projet français de réforme des sociétés commerciales, André Dalsace se demande si la multitude des sanctions pénales et leur sévérité sont de nature à protéger la minorité [13]. Les auteurs de cette loi ont justifié la sévérité des dispositions pénales dans les termes suivants :

« Les principales réformes de fond apportées au droit pénal des sociétés commerciales sont la conséquence des dispositions nouvelles du Titre I relatif aux règles de fonctionnement de ces diverses sociétés. Il y a lieu de noter tout d'abord que le caractère que l'on pourrait considérer comme sévère des pénalités prévues dans le projet de loi, est, dans la pratique tempéré de plusieurs manières :

» 1. En vertu de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites, le Parquet ne défère pas devant les tribunaux toutes les affaires dont il est saisi, il tient le plus grand compte à cet égard de la gravité du délit, du préjudice causé, etc.

» 2. Les tribunaux saisis peuvent adapter exactement à chaque condamnation la répression, notamment par l'octroi de sursis et des circonstances atténuantes. » [14]

Cette justification a été violemment critiquée par M. Dalsace qui « s'inscrit en faux » tout en traitant l'excès des dispositions pénales comme une « furie répressive ».

D'après lui, le fonctionnement des sociétés anonymes ne nécessite pas la prolifération des sanctions pénales, le Parquet n'étant pas le maître absolu de la mise en mouvement de l'action publique. Il est obligé de la partager parfois avec la partie civile ; et que si la section financière du Parquet de la

---

11 Bouloc, note sous Cass. crim., 16 mars 1970, *Rev. soc.*, 1970, p. 480.

12 Kevorkian, « Quelques critiques pragmatiques de la loi française sur les sociétés commerciales », *Gaz. Pal.*, Doct. 1968 II, 97.

13 Dalsace, in : *Travaux de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires*. « La protection des minorités et de projet de loi sur les sociétés », p. 54; « Etudes sur le projet de réforme des sociétés commerciales ».

14 Dalsace, *art. cité*, p. 55.

Seine connaît parfaitement le droit pénal des sociétés il n'en est pas de même des petits parquets de province. Les mêmes observations sont valables pour les juges [15].

Quoi qu'on dise, il y a actuellement un droit pénal spécial applicable aux sociétés commerciales qui se trouve dans la loi du 24 juillet 1966 et son décret d'application du 23 mars 1967.

Section I

Le fondement des incriminations

Laissons de côté l'attitude critique de la doctrine face à la sévérité des dispositions pénales de la loi et recherchons son fondement. Il faut tout de même préciser que ce n'est pas la loi de 1966 qui a posé pour la première fois des incriminations. La plupart existaient déjà avant l'entrée en vigueur de cette loi, mais d'une manière éparse. Le législateur de 1966 n'a fait que concentrer ces incriminations — ce que le professeur Daniel Bastian appelle « une erreur psychologique » [16] — pour permettre aux dirigeants de la société d'avoir une vue globale de leur responsabilité.

Le rôle que les sociétés anonymes jouent à notre époque ne saurait être négligé. Réunissant des milliers d'actionnaires et des capitaux dépassant le budget de certaines nations, les sociétés anonymes produisent ou distribuent, hormis quelques denrées alimentaires, tout ce que nous utilisons [17].

La société, on l'a fait remarquer, est un merveilleux instrument pour réaliser des escroqueries. Il ne faut pas s'étonner que cette institution ait attiré l'attention du législateur pénal.

Il faut reconnaître avec le professeur Jean Larguier [18] que les sociétés commerciales, depuis le XIX^e^ siècle, ont souvent été considérées comme un « outil de choix » pour donner à l'activité des affaires toute son envergure, et même, simultanément, « lorsqu'elle est en mauvaises mains, comme l'instrument idéal de s'enrichir frauduleusement ».

---

[15] Dalsace, précité et contra, Herzog, « La rêverie d'un pénaliste solitaire sur le droit pénal des sociétés », D. 1966, chron., pp. 91 et ss.

[16] Bastian, « La réforme du droit des sociétés commerciales », J.C.P. 1967, 1.2121, n° 65 ; la suite se trouve éditée au J.C.P. 1968, 1.2183.

[17] Tunc, « La responsabilité civile des organes de sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XV, pp. 26 et ss.

[18] Larguier, *op. cit.*, p. 242.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1867, les sanctions pénales ont fait ménage commun avec les sociétés; l'esprit de juriste s'est familiarisé avec l'introduction des mesures pénales dans le monde des sociétés [19]. Nous croyons pouvoir dire que ce que les auteurs critiquent n'est pas l'idée même des sanctions pénales, mais plutôt leur inflation, leur sévérité [20].

On est dans le monde des affaires au sens général du terme. C'est un monde où les gens doivent « pouvoir se battre » avec les armes du monde des affaires et le ministère public doit rester en dehors de ces bagarres [21]. Ceci est parfaitement vrai, « à condition que les armes soient égales et que l'une des parties n'ait pas en fait la possibilité de donner des coups interdits » écrivait le doyen Hamel [22].

A notre avis, c'est la vraie question du fondement du droit pénal des sociétés qui est posé dans les lignes que nous venons de citer. Le droit pénal général suffit lorsque les cocontractants sont sur un pied d'égalité. Chacune des parties est et doit être au courant de ses droits et de ses obligations, au demeurant les dispositions du Code pénal sont largement suffisantes pour réprimer les coups interdits. Mais il en va tout autrement dans les sociétés anonymes. Il faut admettre que les irrégularités et les fraudes commises dans une société anonyme sont trop spéciales pour être réfléchies dans le miroir du Code pénal général. Les actionnaires d'une part, et les dirigeants d'autre part, ne sont pas sur un même pied.

Le pouvoir de fait des administrateurs des sociétés augmente de jour en jour grâce au phénomène de concentration des sociétés [23].

La société anonyme pose un problème de protection de l'épargne, qui exige une intervention énergique du législateur. Les actionnaires, ces malheureux capitalistes généralement moutons et parfois tigres, mais toujours des bêtes, pour rappeler la célèbre définition empruntée par Ripert [24], restent pratiquement entre les mains des administrateurs [25]. Le passé nous témoigne que le droit pénal général, bien que ne s'étant pas trouvé tout à fait désarmé face aux agissements frauduleux des dirigeants des sociétés [26], n'a pas pu

---

19 Voir HÉMARD, « Les sanctions pénales en droit privé », *Travaux et mémoires de l'Université de Lille*, XXV.

20 Dans le même sens : PEDRAZZI, rapport général présenté à l'occasion des journées annuelles de l'Association Henri Capitant, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XV, 1963, p. 126.

21 HAMEL, préface du droit pénal des sociétés anonymes, *op.* et *loc. cit.*

22 HAMEL, *op.* et *loc. cit.*

23 Voir CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris 1962.

24 RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., Paris 1951, p. 108, n° 45.

25 Dans le même sens : MAZEAUD, précité.

26 Voir VERDIER, « L'abus de mandat social ; abus des biens et du crédit de la société ; abus des pouvoirs », in HAMEL, *op. cit.*, p. 243.

donner entière satisfaction dans la répression des délits commis dans le domaine de la société anonyme, corollairement dans la protection des actionnaires et des tiers. Nous en voudrons pour preuve le nombre de litiges portés devant les tribunaux avant les années 1930, nombre qui va en diminuant à partir du moment où les mesures pénales se sont renforcées ; on se demande si le phénomène n'est pas dû en partie à la « peur de ce gendarme qu'est le juge pénal » ? [27]

Toutes les incriminations prévues par la loi du 24 juillet 1966 s'inspirent de deux idées principales qui consistent à protéger l'actionnaire et le tiers qui ont traité avec la société. Mais ces idées protectrices en impliquent une troisième, qui est d'essayer aussi de sauvegarder la liberté d'initiative de l'administrateur, la prolifération des infractions présentant le risque de briser l'esprit d'entreprise et d'engendrer chez l'administrateur la peur de voir engagée sa responsabilité pénale [28].

Nous allons maintenant tenter de développer ces trois notions qui peuvent être considérées comme les lignes directrices de la loi du 24 juillet 1966.

§ 1. *Protection de l'épargne*

Que faut-il entendre par la protection de l'épargne et quel doit être le le mobile du législateur, lorsqu'il veut la protéger ?

Protéger l'épargne est un devoir national, car elle est la force vive d'un pays. Les richesses amassées par l'effort de celui-ci sont créatrices d'autres biens et richesses. Une analyse s'impose pour mieux comprendre le sens de cette protection.

Le problème tout en étant simple est assez délicat et il a un rapport direct avec la masse des petits épargnants.

Un homme qui fait des économies n'est pas forcément un épargnant qui investit. Les « économies » se transforment, lorsque l'homme trouve quelque intérêt à les placer auprès des tiers. L'élément le plus important qui contribue à cette transformation est la confiance et la sécurité. Qui peut garantir cette sécurité, qui peut inspirer cette confiance sinon la loi pénale sur laquelle on

---

[27] J. Larguier, *op. cit.*, p. 243.

[28] M. le professeur Houin, dans la préface de *Droit pénal spécial des sociétés anonymes*, par Launias et Accarias, exprime le même souhait : « Dans une économie qui demeure largement concurrentielle et donne lieu à des luttes souvent très âpres, il est indispensable que le dynamisme de l'entreprise ne soit pas entravé et que l'esprit d'initiative et de décision des dirigeants ne soit pas gêné par une réglementation excessive ou par une législation pénale trop détaillée. »

peut compter ? Nous avons dit que l'épargne est une force vive : à juste titre, elle ne peut devenir effective que lorsque l'homme atténue sa préférence pour la liquidité pour investir dans l'économie. C'est à ce niveau que les facteurs de confiance et de sécurité jouent pleinement leur rôle. La société anonyme est en l'occurrence le meilleur moyen pour drainer les petites et les moyennes économies en vue d'une action commerciale de grande envergure.

Pour faire fructifier le capital, on confie les liquidités sous forme de participation dans une société anonyme, et l'épargne se mue en titre. C'est à ce moment que la protection de l'épargne doit intervenir et la loi protéger ceux qui remettent le fruit de leurs efforts et de leurs abstentions entre les mains de certains « messieurs » sans scrupules, tentés de réaliser des gains considérables sans aucun effort particulier. « L'un des traits marquants de notre civilisation industrielle, écrit Max Leboulanger, est, en effet, l'exploitation des biens par ceux qui n'en sont que les détenteurs précaires. » [29]

Il n'y a nul doute que la fraude et l'abus sont nés en partie de la complexité des relations d'affaires. Certaines sociétés, aidées par les circonstances économiques conduisant aux concentrations et aux fusions [30], ont acquis des pouvoirs sans limite. Des administrateurs ont pu manifester un trop grand intérêt à l'égard des fonds qui ne leur appartenaient pas ou même ils ont pu user de certaines manœuvres pour attirer l'épargne, constituant des sociétés de « façade », falsifiant les comptes, distribuant des dividendes fictifs pour maintenir la confiance publique. Tous ces agissements, au fil des années, ont eu des répercussions si profondes sur le monde de l'épargne que le législateur a dû se préoccuper du sort des épargnants et ériger des sanctions pénales pour leur protection.

§ 2. *Protection des tiers*

Si la protection de l'épargne présente beaucoup d'intérêt pour le législateur, il n'en demeure pas moins que la protection des tiers occupe aussi une place très importante dans son esprit. Le problème a traversé les frontières de la France pour se situer au niveau européen ou plus précisément au niveau communautaire [31].

Qui sont les tiers ? Ce sont tous ceux qui traitent avec la société, des personnes étrangères à celle-ci, mais qui entrent en relations d'affaires avec elle.

---

29 LEBOULANGER, *L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal*, thèse, Lyon 1938, p. 12.

30 CHAMPAUD, *op. cit.*

31 « La protection des tiers dans le droit des sociétés », in *Rev. trim. dr. comm.*, 1971, pp. 29 et ss.

Théoriquement, les cocontractants sont placés sur un pied d'égalité et disposent des garanties offertes par le Code civil pour faire valoir leurs droits. Mais pratiquement, la situation est toute différente, car la société, avec son organisation, son personnel, ses capitaux, ses conseils juridiques est dotée d'une puissance telle que personne n'est en mesure de lutter à égalité avec elle. Le tiers a donc besoin de la protection particulière du législateur, qui doit rétablir l'équilibre en menaçant de sanctions pénales les dirigeants tentés d'abuser de leur situation privilégiée. Protéger les tiers est aussi conforme aux intérêts de la société, car, faute de sécurité, personne ne consentirait à traiter avec elle.

L'entreprise, ne trouvant ni banquier, ni fournisseur, ni client, ne pourrait fonctionner et serait condamnée à la disparition.

§ 3. *Protection de l'esprit d'initiative*

Il est certain que l'intrusion du droit pénal dans le domaine des sociétés commerciales est une mesure jugée peu souhaitable [32]. Elle est de nature à freiner l'esprit d'initiative et le goût du risque de l'administrateur, conditions pourtant nécessaires d'un progrès. Il a été dit que « pour faire un bon administrateur de société, il faut avant tout connaître parfaitement le droit des sociétés au point de vue pénal et, ensuite, si on en a le loisir, posséder quelques notions de l'industrie dans laquelle on est amené à travailler ». [33]

« Protéger l'esprit d'initiative, écrit M. Léon Constantin, c'est assurément éviter que par une sorte de retournement dialectique, les conséquences positives des mesures de protection de l'épargne et des tiers ne viennent pas exercer une action inhibitrice trop accusée. » [34]

Le législateur doit tenir compte d'un double facteur : d'un côté, il doit créer un climat de sécurité afin d'inciter à l'épargne ; d'un autre côté, il ne doit pas empêcher la fécondité de l'esprit d'initiative.

De la simple lecture de la loi du 24 juillet 1966 se dégage l'impression assez nette que les dispositions pénales de cette loi sont sévères. Ces mesures menaçent les fondateurs, le président, les administrateurs, parfois les directeurs et les commissaires aux comptes. On peut être étonné de la facilité avec laquelle leur responsabilité peut être engagée. Sans doute la crainte d'une peine correctionnelle ou d'une amende assez lourde peut être un obstacle nécessaire pour empêcher certaines activités frauduleuses, mais il ne faut pas perdre de vue qu'elle peut aussi paralyser l'activité honnête de certains administrateurs timorés. Les conseils d'administration ne sont pas

---

[32] Voir *supra*, pp. 20, 21 et 22.

[33] CONSTANTIN, *Droit pénal des sociétés par actions*, Paris 1968, p. 18.

[34] CONSTANTIN, *op. cit.*, p. 16.

tous composés de gens malhonnêtes, incapables. Mais la rigueur des sanctions semées devant leurs pas risque de les détourner des entreprises les mieux conçues. De ce fait, certains hommes craintifs, jugeant qu'ils ne peuvent plus assumer avec un esprit tranquille leur travail comportant, à leurs yeux, de si périlleuses éventualités, préfèrent se retirer.

Cela ne doit pas donner à penser que le législateur a voulu créer un « épouvantail » sous le nom de droit pénal des sociétés, pour effrayer les responsables de celles-ci ou leur faire perdre leur emploi. Mais le but est de créer un climat de sécurité tout en plaçant les dirigeants devant leurs responsabilités.

M. le Bellegou, rapporteur du projet de loi de 1966 au Sénat, releva, dans son rapport, pour répondre aux critiques de certains commentateurs, que l'immense majorité des dirigeants de sociétés sont des gens honnêtes qui n'ont rien à redouter de la loi et qui en cas d'erreur pourront invoquer leur bonne foi, mais qu'en revanche la loi nouvelle permettra d'atteindre cette catégorie d'individus douteux qui, profitant de la complexité des textes, ont fait de l'exploitation du peuple et de l'épargne leur redoutable spécialité [35].

Section II

Les facteurs du développement

La naissance et le développement de cette branche du droit date de l'époque où l'on s'est rendu compte à la suite de certains scandales financiers que le droit pénal général était peu propre à réprimer les infractions commises à l'encontre de l'ordre économique. On a également pris conscience du fait que les règles organisant la responsabilité civile des fondateurs, des gérants et des administrateurs n'étaient pas suffisantes pour faire respecter leurs obligations légales. Dans son rapport présenté au Corps législatif le 3 mai 1867, Mathieu disait : « La peine placée à côté de l'obligation donne à celle-ci une autorité renouvelée et en garantit mieux l'observation. » [36]

Une tendance répressive était née ainsi du doute et de la méfiance envers les dirigeants sociaux, tendance qui s'est réalisée déjà dans la loi du 17 juillet 1856

---

[35] « On avait reproché au projet de loi d'avoir été rédigé fort savamment par les juristes férus de droit pénal et qui ne semblaient connaître les sociétés qu'à travers celles dont les dirigeants ont été déférés aux tribunaux correctionnels. » *J.O.*, Déb. Sénat 1966, p. 124. Voir aussi les critiques adressées par Dalsace, « Réflexions d'un commercialiste sur le droit pénal des sociétés », *Rev. soc.*, 1966, n° 4 ; « Observations sur la loi sur les sociétés commerciales », *Rev. soc.*, 1967, p. 133 ; « Aperçus critiques sur le projet de loi sur les sociétés commerciales », *Rev. soc.*, 1965, p. 15.

[36] Rivière, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales*, Paris, Maresq, 1868, appendice, p. 555.

sur les sociétés en commandite par actions. Depuis lors, elle n'a pas cessé de se développer et de s'adapter aux besoins.

Les auteurs [37] ont donné quelques raisons essentielles qui ont favorisé la progression de cette nouvelle branche du droit.

§ 1. *Transformation du régime juridique de la société*

C'est le facteur le plus important. L'article 21 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait pour la première fois qu'à l'avenir les sociétés anonymes pourraient se constituer sans l'autorisation du Gouvernement.

Le texte, affirme Ripert [38], a la valeur d'un principe. Il semble extrait d'une Déclaration des droits. C'est la charte de la liberté. Retenons cette date dans l'histoire du capitalisme.

Auparavant, la création d'une société anonyme nécessitait une autorisation gouvernementale. Qui dit liberté, dit aussi responsabilité. Les risques de cette liberté ont été compensés par une augmentation de la responsabilité pénale des dirigeants et des gérants. MM. Constantin et Gautrat ont écrit à ce propos que « le principe de la responsabilité est la contrepartie nécessaire du régime de la liberté et mieux vaut répondre de ses actes devant les tribunaux que d'être, dans son action quotidienne, soumis au contrôle d'une autorité administrative ou officieuse ». [39]

§ 2. *Le changement de structure et le fonctionnement de la société*

Tout homme qui a un pouvoir, a-t-on dit, est tenté d'en abuser. Les sociétés anonymes sont devenues, au cours du XX^e^ siècle, des entreprises démesurées et ceux qui les dirigent ont par conséquent acquis des pouvoirs gigantesques. Mais il fallait aussi réprimer les abus commis par les dirigeants de ces personnes morales.

L'une des critiques que l'on pourrait faire d'ores et déjà aux dispositions pénales de la loi du 24 juillet 1966 est qu'elles frappent indifféremment les dirigeants des sociétés sans tenir compte de la dimension de celles-ci et de leur puissance économique. La portée des abus commis par un président directeur-général d'une société dont le chiffre d'affaires n'excède pas par

---

[37] Touffait et Herzog, « Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés », *Rev. sc. crim.*, 1967, pp. 777 et ss.

[38] Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op. cit.*, p. 60, n° 25.

[39] Constantin et Gautrat cité par Herzog, in « Rêverie d'un pénaliste solitaire sur le droit pénal des sociétés », précité. Voir aussi, dans le même sens, Veaux, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, thèse, Rennes 1947.

exemple 100 000 francs par année, n'est pas comparable à ceux du directeur d'une autre, dont il est de plusieurs millions de francs. On peut objecter que la faute demeure, que dans les deux sociétés une infraction est commise, mais aussi rétorquer que les conséquences des actes illicites ne sont pas pareilles dans les deux cas.

A notre avis, il est souhaitable de tenir compte, dans l'application de la loi, de l'importance, du poids et de la puissance de la société [40].

La protection du patrimoine social est d'autant plus nécessaire que la pratique nous démontre que le public se désintéresse de plus en plus du fonctionnement de la société. Dans un article intitulé « La souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français » [41], Léon Mazeaud nous explique comment et pourquoi l'actionnaire « laisse tomber » la société pour ne s'attacher qu'à son action. Il écrit notamment que « dans les grandes sociétés anonymes, qui comptent des dizaines et des centaines de milliers non seulement d'actions, mais d'actionnaires, le détenteur d'une action ou de quelques actions, n'a pas, le plus souvent, la possibilité matérielle d'assister aux assemblées générales : s'il n'habite pas la ville où se tient l'assemblée, les frais du voyage et du déplacement dépasseront la valeur de son action. Convoquer à Paris le propriétaire d'une action qui habite la Provence ou la Gascogne, c'est s'assurer de son absence ; une invitation « de gascon ». L'actionnaire, poursuit l'auteur, n'a pas non plus la compétence qui lui permettrait de participer à des discussions d'ordre technique, de répondre aux objections ou d'avancer des critiques pertinentes. Ce désintéressement a été accentué par le fait que le public est preque toujours mal informé des activités commerciales et de la situation de la société. Tous ces motifs ont incité le législateur à promouvoir un « faisceau de dispositions répressives » pour sauvegarder les intérêts des actionnaires.

§ 3. *Influence du droit économique*

Le troisième facteur du développement du droit pénal des sociétés doit être recherché dans le droit pénal économique [42].

---

40 Voir *infra*, pp. 199 et ss.

41 MAZEAUD, précité, p. 331. Dans le même sens, voir TUNC, « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », *D.* 1952, chron., p. 73.

42 MAZARD, « Aspects de droit économique français », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 19 et ss. ; VITU, « La définition et le contenu du droit pénal économique », in *Mélanges Hamel*, 1961, pp. 71 et ss.

Section III

Rappel historique de la loi du 24 juillet 1966

La loi du 24 juillet 1966 n'est pas le résultat d'une « improvisation hâtive ». Son point de départ doit être fixé vers les années quarante, lorsque, sur la proposition du gouvernement, Maurice Polti, président de l'Association nationale des sociétés par actions, aidé par quelques praticiens, entreprit de rédiger un code rassemblant d'abord les textes épars et contenant des dispositions nouvelles tendant à combler les lacunes, par exemple en matière de comptes sociaux, de filiales et de participation ou de dissolution de sociétés. Ce travail demanda plus de dix-huit mois. Il fut examiné par diverses commissions, notamment par le comité de législation commerciale qui siégait au ministère du commerce et de l'industrie et qui était alors présidé par le professeur Percerou. En 1947, le garde des Sceaux de l'époque prit l'initiative de constituer au Ministère de la justice une commission dite « de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés ».

Cette commission, créée par un décret du 24 juin 1947, avait, on le voit par sa seule dénomination, un objet très vaste. Elle comprenait quatorze membres : quatre professeurs des facultés de droit, quatre magistrats (dont deux présidents des tribunaux de commerce) et six praticiens des questions commerciales ou de sociétés.

La séance solennelle d'ouverture eut lieu le 6 janvier 1948. Le garde des Sceaux déclara, au cours de cette séance, qu'il attachait une grande importance aux travaux de cette commission et qu'il s'engageait à les soumettre au vote du Parlement dès qu'ils seraient terminés.

Au sein de la commission de réforme du Code du commerce et du droit des sociétés se constituèrent plusieurs sous-commissions, notamment celles du Code de commerce, du Code des sociétés, des faillites et liquidations judiciaires.

La sous-commission du Code des sociétés, qui était présidée par Albert Buisson, remit quelques années plus tard un projet de « Code des sociétés par actions ».

Ce projet fut déféré à la commission plénière qui, depuis le décès de M. Escarra, était présidée par le professeur Amiaud. Cette commission en entreprit la révision et le compléta par la codification des autres formes de sociétés.

Devenu garde des Sceaux, M. Michelet fit examiner ce travail par un comité qu'il présida lui-même. Ce comité inséra dans le projet certaines idées novatrices et hardies. Les innovations introduites ont été par la suite, en grande partie, supprimées ou remaniées, de sorte que l'avant-projet gouvernemental revint à des conceptions beaucoup plus classiques. Il fit alors l'objet d'une procédure exceptionnelle : « un organisme consultatif » fut créé, com-

posé d'un député (M. Pleven), d'un sénateur (M. Molle), d'un membre du Conseil économique et social (M. Polti), d'un expert (M. de Balasy) et de représentants de divers ministres intéressés.

La séance inaugurale présidée par le garde des Sceaux se tint le 16 mai 1961. La mission dévolue à ce groupe de travail était « d'entendre les personnalités et des groupements intéressés par les problèmes que soulèvent les modifications de la législation sur les sociétés » et de « déterminer parmi les observations faites celles qui pourraient devoir être retenues en vue d'en faire un rapport au Gouvernement ».

Cet organisme consultatif a tenu soixante-trois réunions. Les dix-huit premières ont été consacrées à l'audition de quarante-huit organismes et personnalités dont l'avis avait été sollicité sur l'avant-projet gouvernemental à savoir : les représentants des agents de change, des avocats, des avoués, des agréés, de l'Association professionnelle des banques, des administrateurs judiciaires et liquidateurs de sociétés, des banques diverses, des conseils juridiques, des chambres de commerce et de l'industrie, des courtiers en valeurs immobilières, de la Confédération générale des cadres, des conseils fiscaux, du Conseil national du patronat français, du Conseil national du commerce, des coopératives, des commissaires aux comptes, du crédit foncier, de l'épargne, des experts comptables, des greffiers, des notaires, du Parquet, du Tribunal de grande instance de la Seine, des petites et moyennes entreprises, de la presse judiciaire, des sociétés fiduciaires, etc., et même pour connaître les pratiques anglo-saxonnes — deux étrangers, l'un membre de l'Institut des experts-comptables des Etats-Unis, et l'autre, membre de l'Institut des « Charter accountants » de Grande-Bretagne, ont été ainsi entendus. Les cours d'appels et les facultés de droit qui avaient été consultées adressèrent des observations écrites au Gouvernement. La commission examina toutes ces observations écrites et orales et, après avoir tenu quarante-cinq séances plénières, proposa au Gouvernement un « Code des sociétés autonomes » comprenant plus de 600 articles.

Ce projet de code fut remis le 30 janvier 1962 à M. le garde des Sceaux de l'époque, M. B. Chenot, mais, au mois d'octobre suivant, le nouveau garde des Sceaux, M. Foyer, constitua un comité de quelques membres chargés de réviser ce travail, afin de tenir compte, en particulier, des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui attribue au domaine de la loi seulement « les principes fondamentaux des obligations commerciales ».

Toutes les dispositions qui pouvaient présenter un caractère réglementaire quelconque furent expurgées, de sorte que le projet de loi soumis au Parlement fut réduit à 431 articles. Les dispositions disjointes furent renvoyées à des décrets d'application. En définitive, le projet de la Chancellerie fut soumis pour examen préalable au Conseil d'Etat. Après son acceptation par l'assemblée du Conseil d'Etat, le projet fut soumis pour approbation au Conseil des ministres.

Ainsi le projet de loi fut déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale sous le N° 1003 sous le titre de « Projet de loi sur des sociétés commerciales ».

Le projet 1003 [43] fut renvoyé devant la commission des lois de l'Assemblée nationale. M. le Douarec fut chargé de présenter un rapport au nom de cette commission. Un an après le dépôt, soit le 1er juin 1965, la discussion commença sur ce projet. Le garde des Sceaux souligna le bienfait de l'accélération des travaux parlementaires, puisque la commission avait mis un an de moins que la commission des lois chargée de l'étude de la loi du 24 juillet 1867 à étudier un texte d'une bien autre ampleur [44].

Au cours de la discussion, l'Assemblée nationale examina l'ensemble du projet et les députés proposèrent plusieurs amendements. Il fut adopté en première lecture le 11 juin 1965 ; il fut ensuite transmis au Sénat le 26 juin 1965.

Les discussions y furent très longues à cause des amendements déposés. « Nous avons déposé quatre cent quarante-sept amendements, disait M. Dailly, ce qui a dénoté et démontré, je l'espère, le sérieux de nos travaux. Le gouvernement lui-même vient d'en déposer soixante et un, ce qui apporte la preuve par neuf, s'il en était besoin, de l'utilité du Sénat. » [45]

Après être revenu à l'Assemblée nationale, le projet de loi fut adopté en deuxième lecture le 10 juin 1966 avec cent neuf amendements nouveaux ; et le Sénat adopta le projet le 22 juin 1966.

Pour couper court à cette navette entre les deux chambres, le Gouvernement créa une commission paritaire, composée de sept membres de chaque chambre, pour discuter les points sur lesquels les deux chambres n'étaient pas d'accord. En fin de compte, le Gouvernement réussit à faire discuter et adopter le projet de loi par le Parlement le 27 juin 1966.

Les dispositions pénales de la loi de 1966 sont prévues par le titre II de la loi. Soixante-sept articles constituent toutes les infractions. Certaines d'entre elles sont reprises des lois anciennes ; certaines autres sont créées par la loi du 24 juillet 1966. Il nous semble utile de donner le plan général du titre II :

— les infractions concernant les sociétés à responsabilité limitée sont prévues par les articles 423 à 431 ;

— les articles 432 à 436 sanctionnent les infractions relatives à la constitution des sociétés anonymes ;

---

[43] Le projet était inscrit sous le n° 1003 à l'Assemblée nationale. Voir CONSTANTIN, *Droit pén. soc.*, *op. cit.*, pp. 262 et ss., à propos des points de vue de l'Assemblée nationale et du Sénat relatifs à ce projet.

[44] *J.O.*, Déb. Ass. nat. 2 juin 1965, n° 38, p. 1661.

[45] *J.O.*, Déb. Sén. 15 avril 1966, p. 123.

— les articles 437 à 439 répriment les infractions relatives à la direction et à l'administration des sociétés anonymes ;

— les articles 440 à 448 prévoient les infractions relatives aux assemblées d'actionnaires des sociétés anonymes ;

— les articles 449 à 454-1 sanctionnent les infractions relatives aux modifications du capital social (augmentation du capital, amortissement du capital et réduction du capital) ;

— les articles 455 à 458 prévoient les infractions relatives au contrôle des sociétés anonymes ;

— l'article 459 sanctionne les infractions relatives à la dissolution des sociétés anonymes ;

— les articles 460 à 461 punissent les infractions relatives aux sociétés en commandite par actions ;

— les articles 462 à 463 prévoient les infractions communes aux diverses formes de sociétés par actions ;

— l'article 464 prévoit les infractions concernant les sociétés anonymes comportant un directoire et un conseil de surveillance ;

— les articles 465 à 479 prévoient les infractions relatives aux valeurs mobilières émises par les sociétés par actions (actions, obligations et parts fondateurs) ;

— les articles 480 à 489 prévoient enfin les infractions communes aux diverses formes de sociétés commerciales.

PREMIÈRE PARTIE

DELITS RELATIFS A LA RECHERCHE ET A LA FORMATION DU CAPITAL SOCIAL

Chapitre I : LE DÉLIT D'ÉMISSION

Chapitre II : LE DÉLIT DE DÉCLARATION NOTARIÉE MENSONGÈRE

Chapitre III : LE DÉLIT DE MAJORATION FRAUDULEUSE D'APPORT EN NATURE

Chapitre IV : LE DÉLIT DE SIMULATION ET DE PUBLICATION DE FAITS FAUX

CHAPITRE PREMIER

Le délit d'émission

L'article 432 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit :

« Seront punis d'une amende de 2000 F. à 40 000 F. les fondateurs, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui auront émis des actions ou des coupures d'actions soit avant l'immatriculation de ladite société au registre du commerce, soit à une époque quelconque, si l'immatriculation a été obtenue par fraude, soit encore sans que les formalités de constitution de ladite société aient été régulièrement accomplies.

» Un emprisonnement de trois mois à un an pourra, en outre, être prononcé si les actions ou coupures d'actions ont été émises sans que les actions de numéraire aient été libérées à la souscription d'un quart au moins ou sans que les actions d'apport aient été intégralement libérées antérieurement à l'immatriculation de la société au registre du commerce.

» Seront punies des peines prévues à l'alinéa précédent, les mêmes personnes qui n'auront pas respecté le délai de deux ans pour le détachement de la souche des actions d'apport ou qui n'auront pas maintenu les actions de numéraire en la forme nominative jusqu'à leur entière libération.

» Les peines prévues au présent article pourront être portées au double, lorsqu'il s'agira de sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne. »

L'expression du délit d'émission utilisée généralement par les auteurs est à notre sens impropre. Toutes les émissions n'étant pas forcément délictueuses, nous pensons qu'il aurait été plus logique de qualifier l'incrimination de l'article 432 « délit de création irrégulière des titres » ou tout au moins « émission irrégulière des titres ».

Il convient de rappeler que, comme pour la plupart des infractions, la loi de 1966 n'en a pas créé une nouvelle. Elle reprend les dispositions de

l'article 13, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1867, laquelle les avait empruntées elle-même à l'article 11 de la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions.

Il faut constater que, malheureusement pour nous, ce délit n'a pas fait souvent l'objet de poursuites, surtout depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966, raison pour laquelle il est difficile de connaître l'attitude des tribunaux à son égard, mais son étude paraît très importante du fait qu'il met en relief les règles applicables à la constitution et à la formation du capital de la société.

L'article 432 vise deux catégories d'infractions : ses alinéas 1 et 2 sont relatifs au délit d'émission proprement dit, tandis que son troisième alinéa prévoit des infractions que les auteurs [46] ont appelées « annexes » au délit d'émission, à savoir le non-respect du délai de deux ans pour le détachement de la souche des actions d'apports et la conversion au porteur des actions de numéraire non entièrement libérées [47].

Section I

Eléments matériels du délit

Deux éléments sont nécessaires pour que le délit soit constitué : il faut que les règles de la constitution aient été violées et l'action émise. Le non-respect des règles de la constitution n'est réprimé que s'il est suivi de l'émission de l'action.

A. *Les irrégularités dans la constitution*

L'article 432, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1966 réprime le fait d'émettre des actions d'une société :

1. avant l'immatriculation de la société au Registre du commerce ;
2. à une époque quelconque si l'immatriculation a été obtenue par fraude ;
3. lorsque les formalités de la constitution n'ont pas été entièrement accomplies.

---

[46] Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *Délits et sanctions dans les sociétés*. pp. 84 et ss.

[47] Nous ne traitons pas les infractions annexes ; voir Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. et loc. cit.*,

1. *Emission avant l'immatriculation de la société au Registre du commerce*

Une société anonyme ne jouit de la personnalité morale qu'à dater de son inscription au Registre du commerce [48]. Cette inscription est la dernière formalité que les fondateurs doivent accomplir. La loi a estimé utile de sanctionner toute émission avant que la société soit « définitivement constituée », car avant cette inscription elle n'a pas la personnalité morale.

2. *Emission à une époque quelconque si l'immatriculation a été obtenue par fraude*

Conformément à l'article 6, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1966, les fondateurs et les administrateurs sont tenus, à peine d'irrecevabilité de la demande d'immatriculation, de déposer au greffe une déclaration de conformité, dans laquelle ils doivent relater toutes les opérations effectuées en vue de constituer régulièrement ladite société et dans laquelle ils doivent déclarer que la constitution a été réalisée en conformité avec la loi et des règlements.

Cet article souligne l'importance de l'immatriculation non frauduleuse au Registre du commerce. Il est tout à fait normal que l'émission de l'action, dans le cas de l'immatriculation obtenue par fraude, soit réprimée par la loi. Faute de jurisprudence sur la matière, il est difficile de déterminer ce qu'il faut entendre par le mot « fraude » dans l'article 432, alinéa 1, de la loi de 1966. On ne trouve pas non plus de trace de discussion à ce propos dans les débats parlementaires. Il ne reste qu'à supposer qu'il s'agit d'une tromperie au sens général du terme ou alors de la dissimulation dans la déclaration de conformité de faits qui, s'ils avaient été connus, auraient empêché d'obtenir l'immatriculation.

3. *Emission d'actions lorsque les formalités de constitution n'ont pas été régulièrement accomplies*

A première vue, on peut constater une différence essentielle entre la rédaction de l'article 432 de la loi de 1966 et l'article 13 [49] de la loi de 1867. Celui-ci se référait aux articles 1, 2 et 3 en ce qui concerne les irrégularités que la doctrine et la jurisprudence avaient établies et classifiées. Ces irrégularités étaient relatives :

---

[48] Avant la loi du 24 juillet 1966, la société était inscrite au Registre du commerce par les administrateurs dans les deux mois dès sa constitution. Elle avait déjà, à ce moment, la personnalité morale.

[49] L'article 13 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait : « L'émission d'actions ou de coupures d'actions d'une société contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3 de la présente loi est punie d'une amende de 1800 à 36 000 francs. »

a) à la souscription du capital ;

b) à la déclaration notariée ;

c) à la libération du quart et à la consignation de ces fonds ;

d) à la libération intégrale des actions d'apport.

En revanche, l'article 432 est indépendant de toute référence à une ou plusieurs dispositions particulières de la loi relative à la constitution de la société anonyme. Avec cette méthode, le délit est consommé par la violation de n'importe laquelle des règles de constitution de la société prévues aux articles 73 à 88 de la loi et complétées par les articles 58 à 76 du décret d'application du 23 mars 1967.

Dans les pages qui suivent, nous nous proposons d'étudier brièvement les règles de la constitution, mais, avant tout, une remarque s'impose : le législateur a fait une distinction suivant que les fondateurs ont fait ou non [50] appel public à l'épargne pour réunir les capitaux nécessaires à la constitution. Par conséquent, il faut en tenir compte dans l'étude des règles constitutives de la société.

Nous traitons d'abord les règles concernant la constitution avec appel public à l'épargne dont la violation constituerait le délit d'émission ; ensuite nous verrons celles concernant les sociétés qui n'ont pas fait appel public à l'épargne.

---

[50] Le législateur de 1966 distingue entre les sociétés qui font et celles qui ne font pas publiquement appel à l'épargne pour former le capital social. L'article 72 de la loi précise le critère de la distinction : une société est réputée faire publiquement appel à l'épargne lorsque ses titres sont inscrits à la cote officielle d'une bourse de valeur, à la date de cette inscription. Il faut aussi préciser que les actions d'une société ne sont négociables, par conséquent ne peuvent être inscrites à une cote officielle, que lorsque la société est définitivement constituée. Donc, l'inscription ne caractérise pas le mode de constitution.

Il y a aussi appel public à l'épargne lorsqu'une société, pour le placement de ses titres quels qu'ils soient, a recours, soit à des banques, établissements financiers et agents de change, soit à des procédés de publicité quelconques. A propos de cette dernière formule, l'article 57 du décret d'application du 23 mars 1967, de la loi du 24 juillet 1966, précise que « la publicité prescrite par les lois et règlements ne constitue pas, par elle-même, un appel public à l'épargne au sens de l'article 72 de la loi sur les sociétés commerciales ». D'après une réponse ministérielle (Rép. min. nº 6999, *J.O.*, Débats Ass. nat. 17 septembre 1969, p. 2290), tout procédé de publicité, autre que ceux rendus obligatoires par la loi et les règlements, s'il a pour but le placement des titres cotés ou non cotés, est de nature à faire considérer la société qui l'utilise comme faisant publiquement appel à l'épargne : notamment, l'intervention de personnes spécialisées en la matière telles que les banques, établissements financiers, agents de change.

Sous-section I

LES RÈGLES RELATIVES À LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ FAISANT APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE.

§ 1. *Le nombre des associés*

L'article 73 de la loi du 24 juillet 1966 pose la règle d'après laquelle il faut un minimum de sept personnes [51] pour que la société puisse se constituer régulièrement. Il est bien entendu qu'il peut s'agir de personnes physiques ou morales. Que faut-il penser si le nombre de sept personnes n'est pas atteint ? Le cas est tellement rare et imaginaire qu'il est vraiment difficile de disserter à ce propos. Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, la question ne présentait pas beaucoup de difficultés, car si l'article 23 de la loi précitée exigeait pour la constitution d'une société anonyme un nombre minimum de sept personnes, l'article 41 de la même loi sanctionnait, par la nullité, la violation de cette règle.

On ne saurait tenir le même raisonnement avec les dispositions de la loi du 24 juillet 1966, sachant d'avance que le législateur de 1966 a délibérément écarté toutes les causes de nullité pour inobservation de formalités de la constitution.

A notre connaissance, le législateur n'a prévu aucune mesure pour sanctionner l'inobservation de cette exigence légale qu'est le nombre de sept personnes.

---

[51] La commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés avait adopté, lors de sa séance du 25 mars 1955, le nombre minimum de cinq actionnaires. Voir les travaux de la commission, t. VII, p. 211.

Le nombre minimum de sept actionnaires a été fortement critiqué : dans un article intitulé « Quelques critiques pragmatiques à la loi française sur les sociétés commerciales » précité, l'auteur de cet article a dit notamment : « Je donnerais une médaille d'or au juriste qui pourrait m'expliquer d'une manière convaincante pourquoi une société anonyme doit avoir sept actionnaires. Pourquoi une société anonyme ne pourrait-elle pas avoir un actionnaire unique si c'est, par exemple, une société mère ?

» Honnêtement, ne pensez-vous pas que la seule justification de sept est que les auteurs de la loi de 1867 ont trouvé que sept était « un joli chiffre » ? Mais pourquoi les auteurs de la loi de juillet 1966 — presque un siècle plus tard — ont-ils maintenu ce nombre sacré ? Pensaient-ils que réduire le nombre à quatre ou trois serait une innovation audacieuse ? Il faut le croire. Ou pensaient-ils qu'une société anonyme ne devrait pas être trop facile à constituer, sinon « n'importe qui le ferait » ?

» Certains me répondront, j'en suis sûr, que mon objection n'est pas sérieuse. Retournant la question, ils diront : « Quel est le mal d'avoir sept actionnaires, on peut toujours trouver des prête-noms.» C'est vrai, mais en tant que pragmaticien, je réponds : « Pourquoi m'obliger à avoir recours à des mesures inutiles ? » Si les véritables actionnaires ne sont que deux, par exemple, pourquoi doivent-ils donner (ou prêter) une action à cinq de leurs amis, collaborateurs ou parents, simplement pour faire honneur à la mémoire de l'auteur de la loi de 1867 ? Ces choses prennent du temps, elles nécessitent des formalités et des frais inutiles, avec toujours le risque d'un « mauvais joueur » pouvant embêter les véritables actionnaires. Quel but social est servi par tout ceci ? » KEVORKIAN, *Quelques critiques pragmatiques de la loi française sur les sociétés commerciales*, précité.

L'article 360 de la loi de 1966 relative à la nullité dispose, sans équivoque, que la nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition expresse de la présente loi ou de celles régissant la nullité des contrats [52]. Or, justement, l'article 73 n'a pas prévu la nullité dans ce cas [53]. L'article 240 de la même loi prévoit que le tribunal de commerce peut, à la demande de tout intéressé, prononcer la dissolution de la société si le nombre des actionnaires est réduit à moins de sept depuis plus d'un an ; le tribunal peut aussi accorder un délai de six mois à la société pour régulariser sa situation. Cet article ne s'applique qu'aux sociétés qui ont été à l'origine constituées régulièrement au regard de l'article 73, mais qui, au cours de leur vie sociale, ont vu le nombre d'actionnaires exigé par la loi tomber au-dessous du minimum légal. Donc, dans l'hypothèse qui nous occupe, il n'est pas possible d'invoquer cet article pour régulariser la situation d'une société qui n'a pas été constituée avec sept personnes.

On ne saurait invoquer non plus l'article 6, alinéa 2, qui permet à tout intéressé, y compris le ministère public, d'intenter une action en régularisation en cas de non-observation des formalités de la constitution. Cette action n'est ouverte que s'il y a omission ou irrégularité d'une formalité dans la constitution [54]. Il nous semble difficile d'admettre que le nombre minimum d'associés exigé soit une formalité [55]. C'est plutôt une condition impérative de la loi. Théoriquement, lorsqu'un des associés est incapable, l'exigence de l'article 73 de la loi du 24 juillet 1966 n'est pas remplie, mais nous pensons que le cas est moins grave et la société n'est pas inexistante. La loi de 1966, à son article 360, prévoit que la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. Nous constatons donc que la loi même rend possible la régularisation de la société au cas où l'un des associés est incapable.

Donc, sur le plan légal, il n'y a aucune sanction à ce sujet. La jurisprudence établie sous l'empire de la loi de 1867 prononçait la nullité des sociétés constituées en violation de l'article 23 de la loi précitée exigeant le nombre

---

[52] Nguyen Xuan CHANH, « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *D.* 1968, chron., pp. 27 et ss. Cet auteur écrit : « Le législateur s'est encore abstenu d'édicter la nullité de la société, lorsqu'il s'agit de réglementer le nombre minimum des associés. » L'auteur précité prouve par un raisonnement déductif que le droit commun des contrats doit être d'emblée écarté, lorsqu'il s'agit d'une société anonyme.

[53] Nguyen Xuan CHANH : « En l'absence d'une disposition expresse dans la loi nouvelle, le manquement à l'exigence de... ou à celle du nombre minimum des associés... ne doit donc plus entraîner la nullité de la société », *loc. cit.*

[54] Voir *infra*, p. 44. Dans le même sens : « Observations de Houin », in *Rev. trim. dr. comm.*, 1970.137.

[55] Contra : note sous Cass. crim. ch. comm. 17 nov. 1969. *Rev. soc.*, 1970.290.

de sept personnes au moins pour une constitution conforme. Elle n'est plus une référence, puisque la nouvelle loi ne maintient plus la nullité comme sanction à cette inobservation [56].

Que faut-il faire si un tel cas se présente ? On pourrait soutenir la théorie de l'inexistence, en ce sens que, les conditions légales de la constitution de la société n'étant pas réunies, la société n'a pas pu exister. Mais il s'agit d'une théorie peu développée, qui n'a pour ainsi dire jamais été accueillie favorablement par la Cour de cassation [57].

« D'une façon générale, écrit Ripert, le droit commercial accepte facilement le sacrifice du droit aux nécessités du crédit, c'est-à-dire la réalité à l'apparence. Quand le droit civil est obligé de faire un tel sacrifice, il s'efforce de le justifier par l'erreur commune ou par la nécessité de la publicité. Le droit commercial ne tient pas à connaître la réalité des droits. Il se fie à l'apparence. Sans doute, il multiplie les formalités de publicité pour éviter des surprises. » [58]

Nous croyons trouver la réponse à notre question à travers ces lignes. La société qui, sans satisfaire à une condition légale, a pratiquement existé, est une apparence dont il faut tenir compte pour sauvegarder les intérêts des tiers qui ont cru à l'existence de cette société, et des souscripteurs qui, de bonne foi, ont pris l'engagement d'en constituer le capital. Dans une telle situation, il est difficile d'admettre une omission ou une négligence de la part de ceux qui ont voulu constituer la société avec moins de sept personnes. En effet, une telle constitution pourrait être le résultat d'un acte délibéré rendant applicables les dispositions du code pénal relatives au faux. Il y a aussi une éventuelle complicité du notaire qui a reçu la déclaration des fondateurs, s'il était de connivence avec eux.

Nous avons rappelé que la loi de 1966 s'inspire de trois conceptions, au nombre desquelles la protection des actionnaires et celle des tiers. La solution à présenter ne doit pas s'écarter de ces deux buts. Nous pensons que, pour préserver le droit des tiers, il faut considérer la société constituée avec moins de sept actionnaires comme une société de fait [59]. La jurisprudence a reconnu l'existence des sociétés de fait [60]. Cette société est tou-

---

56 Cass. ch. comm. 17 nov. 1969, *Rev. trim. dr. comm.* 1970, 136. *Rev. soc.*, précité. A l'occasion de cette affaire soumise à la loi ancienne, la Cour de cassation a dit que « lorsque parmi les sept associés participant à la constitution d'une société anonyme figure une société en voie de constitution, le défaut de l'existence de celle-ci entraîne la nullité de la première société ».

57 MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, p. 154, n° 803.

58 RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., *op. cit.*, p. 37, n° 73.

59 HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, Paris, Sirey 1926. RIVE, « Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales », *Rev. trim. dr. comm.*, 1969, 407.

60 RIPERT, *op. cit*, p. 392, n° 724.

jours considérée comme une société de personnes, voire même une société en nom collectif dont les membres sont solidairement responsables [61].

M. Houin, dans ses observations à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 1969, conclut ainsi : « Faut-il en déduire qu'il n'y a plus de sanctions — en dehors d'une hypothétique responsabilité civile des fondateurs et des premiers organes — lorsqu'une société anonyme se constitue avec moins de sept actionnaires ? » [62]

Selon nous, si le législateur n'a pas prévu de sanctions pénales pour le cas où une société se constituerait avec moins de sept personnes, c'est parce-qu'il n'en a pas senti la nécessité.

En principe et selon toute logique, une personne qui cherche à frauder la loi essaie de le faire en prenant le minimum de risques tout en mettant tous les atouts de son côté. La constitution d'une société anonyme est entourée de nombreuses formalités de publicité qui décourageront certainement celui qui aura le désir de violer l'article 73 de la loi du 24 juillet 1966. N'est-il pas facile de recourir aux services d'un homme de paille ? Bien sûr, sa souscription sera fictive, et combien d'autres délits pourra-t-on retenir contre lui ? Donc, si la loi n'a pas directement menacé par une sanction pénale l'inobservation de cette condition légale de réunir au moins sept associés, elle l'a fait indirectement et à plusieurs reprises.

§ 2. *Le projet des statuts doit être déposé au greffe du tribunal de commerce*

L'article 74, alinéa 1, prévoit que : « le projet de statuts est établi et signé par un ou plusieurs fondateurs, qui déposent un exemplaire au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social ».

Le projet de statuts doit contenir les indications suivantes, conformément à l'article 2 de la loi : la forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège, l'objet social et le montant du capital social. Outre ces points, le projet doit aussi donner les indications suivantes :

1. le nombre d'actions émises et leur valeur nominale, en distinguant les différentes catégories d'actions qui vont être créées ;
2. la forme de ces actions ;
3. en cas de restriction à la libre négociation ou cession des actions, les conditions particulières auxquelles est soumis l'agrément des cessionnaires ;
4. l'identité des apporteurs en nature, ainsi que l'évaluation de l'apport effectué par chacun de ceux-ci et le nombre d'actions remises en contrepartie de l'apport ;

---

[61] RIPERT, *ibid.*

[62] Cass. com., 17 nov. 1969, précité.

5. l'identité des bénéficiaires des avantages sociaux et la nature de ceux-ci, s'il y a lieu ;
6. la composition, le fonctionnement et le pouvoir des organes de la société ;
7. les dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution de réserves et à la répartition du boni de liquidation.

Conformément à l'article 54 du décret du 23 mars 1967, si les statuts sont établis par acte sous seing privé, il est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social, et l'exécution des diverses formalités requises. En effet, le dépôt d'un exemplaire des statuts au siège est indispendable car quiconque a le droit, à toute époque, d'obtenir, au siège social, la délivrance d'une copie certifiée conforme des statuts de la société. Ils sont établis sur papier libre et munis de la signature des fondateurs.

§ 3. *La publication de la notice au « Bulletin des annonces légales obligatoires » (B.A.L.O.)*

Inspirée par une solution du droit anglais, l'exigence de la publication s'est introduite en droit français par la loi du 30 janvier 1907. Maintenue par un souci de protection, l'article 74, alinéa 2, de la loi prévoit que les fondateurs publient une notice dans les conditions déterminées par décret. Cette notice doit être publiée au B.A.L.O. conformément aux dispositions de l'article 59, alinéa 1, du décret du 23 mars 1967.

La notice doit contenir les indications suivantes :

1. la dénomination sociale de la société à constituer suivie, le cas échéant, de son sigle ;
2. la forme de la société ;
3. le montant du capital à souscrire ;
4. l'adresse prévue du siège social ;
5. l'objet social ;
6. la durée prévue de la société ;
7. la date et le lieu du dépôt du projet des statuts ;
8. le nombre des actions à souscrire contre numéraire et la somme immédiatement exigible comprenant, le cas échéant, la prime d'émission ;
9. la valeur nominale des actions à émettre, distinction étant faite entre chaque catégorie ;
10. la description sommaire des apports en nature, leur évaluation globale et leur mode de rémunération, avec indication du caractère provisoire de cette évaluation et de ce mode de rémunération ;

11. les avantages particuliers stipulés dans le projet de statuts au profit de toute personne ;
12. les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote, avec, éventuellement, indication des dispositions relatives à l'attribution du droit de vote double ;
13. les clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions (facultatives) ;
14. les dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution de réserves et à la répartition du boni de liquidation ;
15. le nom et la résidence du notaire ou la dénomination sociale et le siège de la banque qui recevra les fonds provenant de la souscription ; si les fonds seront déposés à la Caisse des dépôts et consignations ;
16. le délai ouvert pour la souscription, avec l'indication de la possibilité de clôture anticipée, en cas de la souscription intégrale avant l'expiration dudit délai ;
17. les modalités de convocation de l'assemblée générale constitutive et le lieu de réunion.

Cette notice doit être signée par les fondateurs, lesquels doivent indiquer leur nom et prénom, domicile et nationalité ou, s'il s'agit de personnes morales déjà constituées, leur dénomination, leur forme, leur siège social et le montant de leur capital social.

§ 4. *Le capital social doit être entièrement souscrit*

L'article 75, alinéa 1, dispose que le capital social [63] doit être intégralement souscrit.

La société ne pourra entreprendre une activité commerciale quelconque que si elle est sûre de pouvoir disposer, pour ses besoins financiers, de la totalité de ses ressources. L'exigence de la souscription intégrale se justifie à la fois par l'intérêt des souscripteurs et par celui des créanciers de la société [64].

Les créanciers de la société ont le plus grand intérêt à ce que la souscription du capital soit intégrale, autrement on pourrait facilement annoncer un capital considérable dont la souscription n'assurerait la réalisation que

---

[63] La Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés n'avait pas jugé nécessaire de définir la notion du capital social ; voir les travaux de la commission, t. II, p. 127.

[64] Dans le même sens, voir Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires*, p. 208.

pour une portion plus ou moins restreinte. Cela est évidemment de nature à induire les tiers en erreur et à donner à la société le crédit qu'elle ne mériterait pas. La loi a voulu que les créanciers ne soient pas trompés sur l'étendue de leur gage.

La souscription doit être intégrale, c'est-à-dire que la totalité du capital initialement prévu dans le projet de statuts et indiqué dans la notice doit être entièrement souscrit au moins par sept souscripteurs [65].

Il arrive, dans certains cas, que la souscription du capital paraisse intégrale, mais la jurisprudence ne l'a pas considérée comme telle, parce qu'elle était entachée d'irrégularités.

La souscription n'est pas intégrale lorsqu'elle est faite par tranches successives [66]. Cette opération consiste en ce que, au lieu de constituer la société dès son origine avec un capital proportionné avec son objet, les fondateurs procèdent à la constitution d'une société à faible capital, se réservant la faculté de procéder à des augmentations de capital par des tranches successives selon la bonne marche des affaires. Tout le monde est d'avis que celui qui est en quête d'investissements pour ses capitaux est mieux disposé à le faire dans une société dont la situation est bonne [67] que dans une société en voie de constitution. Cependant, il a été jugé que la création d'une telle société ne serait pas irrégulière si elle avait pour but de préparer certaines opérations qui, ensuite, devraient permettre l'extension rapide de l'activité sociale et l'augmentation du capital social dans des conditions régulières [68].

La souscription n'est pas intégrale lorsque les actions sont émises au-dessous du pair [69] ; il en est de même pour les actions de prime [70].

---

[65] Cf. Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 189 ; Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 562, n° 1074 ; Hémard, Terré et Mabilat, *Sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 604, n° 670 ; Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, pp. 12 et ss.

[66] Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op.* et *loc. cit.* ; Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op. cit.*, p. 248 et contra : Gavalda in *Hamel*, *op. cit.*, pp. 79 et 80 (cet auteur réserve le cas de la fraude).

[67] Voir, dans le même sens, Vasseur, « De l'augmentation du capital à une date rapprochée de la constitution de la société par actions », *Rev. soc.*, 1906, p. 231.

[68] Cour de Paris, 2 août 1890, *Jour. soc.*, 1891, p. 180, et Trib. Seine, 23 juillet 1889, *Rev. soc.*, 1890, p. 33.

[69] Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 193.

[70] Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 191. Le capital d'une société est constitué par les apports des associés qui, en libérant leurs actions, exécutent leur engagement envers la société. L'apport peut être fait en argent ou en nature. Il y a une autre forme d'apport qui est l'apport en industrie : l'apporteur, au lieu d'apporter un bien ou un capital, promet son travail, ou met son savoir-faire au service de la société. Cet apport ne peut pas se concevoir dans une société anonyme pour la simple raison que le travail de quelqu'un, aussi important qu'il soit, ne peut pas faire partie du capital social.

Les actions de prime sont celles qui sont libérées, attribuées gratuitement à ceux qui ont apporté leur concours à la fondation de la société. Ces actions n'existent pas en

La règle de la souscription intégrale s'oppose à ce que la souscription soit assortie d'un terme ou d'une condition. La souscription du capital doit être pure et simple. Ce principe doit être considéré comme la conséquence logique de l'article 75, alinéa 1. Il nous semble que l'idée de la souscription conditionnelle est incompatible avec la lettre et l'esprit de cet article. Une condition est, par définition, un événement futur et incertain duquel dépend l'existence ou la résolution d'une obligation. Alors que le capital doit être un poste sûr, dont la modification est entourée de plusieurs formalités minutieuses, comment peut-on admettre que la formation de ce capital soit issue d'une souscription conditionnelle ?

Certes, chaque souscripteur a le droit, conformément à l'article 83, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966, de demander le retrait de ses fonds si la société n'est pas constituée dans un délai de six mois à partir du dépôt du projet de statuts au greffe. De là, la tentation serait grande d'assimiler cette faculté offerte à chaque souscripteur à une condition résolutoire inhérente à chaque souscription [71]. Mais, à part cette précision, la souscription ne peut être subordonnée à une condition. D'après une jurisprudence libérale, si une souscription est grevée d'une condition, suivant la nature de celle-ci, par exemple lorsque la souscription est grevée de la condition qu'un emploi sera réservé dans la société au souscripteur [72], ou encore que la souscription est subordonnée à la condition que la société en voie de constitution s'approvisionnera auprès du souscripteur, dans ces cas-là les tribunaux considèrent comme valable l'acte de souscription et réputent non écrite la condition [73].

Que faire si le capital social n'est pas entièrement souscrit ? En principe, la société ne peut pas être régulièrement constituée et il faut restituer à

France et il ne faut pas les confondre avec les actions émises à prime qui sont les actions émises au-dessus du pair.

La législation française reconnaissait, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, l'existence des parts bénéficiaires : ces titres spéciaux rémunéraient tous ceux qui avaient aidé à la constitution de la société. La loi de 1966 a interdit, à son article 264, l'émission de ces titres et l'article 468 de ladite loi punit d'un emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 2000 à 40 000 francs, ou à l'une de ces deux peines seulement, les fondateurs, le président, les administrateurs et les gérants qui auront, à dater de l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966, émis, pour le compte d'une société par actions, des parts de fondateur. La pratique avait également imaginé des actions dites industrielles. D'après Ripert, ces actions étaient des parts bénéficiaires désignées sous un autre nom. La jurisprudence n'a pas été favorable à la création de ces actions. Voir G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., *op. cit.*, p. 568, et la jurisprudence citée. Voir également Hémard, Terré et Mabilat, *Sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 607, nº 674.

[71] Dans ce sens un jugement de la 7e Chambre du Tribunal de la Seine du 9 mars 1939 a précisé que « chaque souscription doit être considérée comme virtuellement subordonnée à la condition résolutoire suivante : à moins que le capital ne soit pas intégralement souscrit ». *J.C.P.* 1939.II.1184.

[72] Lyon, 12 février 1900, *Rev. soc.*, 1901, p. 77.

[73] Paris, 1re Chambre, 13 décembre 1881, *Journ. soc.*, 1882, p. 205.

chacun le montant de sa mise. La doctrine admet qu'il est possible de faire décider par l'assemblée générale constitutive, à l'unanimité des voix, que le capital sera réduit au montant effectivement souscrit [74].

S'appuyant sur un ancien arrêt de la Cour de cassation les auteurs considèrent que, si une clause de projet de statuts en prévoit la possibilité, la majorité des voix suffirait pour réduire le montant du capital social au montant effectivement souscrit : un arrêt de la Cour d'appel de Paris [75] s'était refusé à admettre la validité d'une telle clause. Mais la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 novembre 1907 [76], cassa la décision de la Cour d'appel pour les motifs qu'« aucune disposition de loi n'interdit de subordonner la réalisation du capital émis à une réserve de telle nature et que, au regard des tiers, le capital social est la somme définitivement inscrite aux statuts et portée à leur connaissance par les actes de publication de la société. C'est cette somme qui forme le gage des créanciers ; et ainsi, à leur égard comme en soi, le capital social, au sens de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867, est le montant des actions souscrites ».

De toute manière, il faut renouveler les formalités de publicité pour porter à la connaissance des tiers le montant effectif du capital social.

D'après Ripert, les souscriptions ont bien, dans ce cas, un caractère conditionnel, mais on veut l'ignorer pour éviter de recommencer toutes les opérations constitutives [77].

§ 5. *La souscription doit émaner de souscripteurs sérieux*

Il ne suffit pas que le capital social ait été intégralement souscrit, il faut encore que les souscripteurs aient réellement voulu mettre en commun leur capital en vue de le faire fructifier. Autrement dit, il faut que les souscripteurs soient sérieux, sincères, animés de la volonté de collaborer pour un but commun et de posséder ce qu'on a communément appelé l'*affectio societatis*. Selon la formule du doyen Ripert « c'est l'intention de collaborer d'une façon active, consciente et égalitaire, en vue de la réalisation d'un bénéfice à partager .»

---

74 Patin, Caujole, Aydalot et Robert, *op. cit.*, p. 248 ; Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 169 ; Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 13, n° 11 ; Pinoteau, *op. cit.*, p. 44, n° 87. Le Tribunal de la Seine a confirmé ce point de vue. Dans un jugement du 9 mars 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.1.895, il déclara qu'« une société n'a pas le droit de réduire de sa propre autorité le chiffre de l'augmentation du capital au montant des souscriptions obtenues, la validité d'une telle réduction étant subordonnée au consentement unanime des actionnaires, faute de quoi l'engagement de ceux-ci se trouve *ipso facto* résolu ».

75 Paris, 21 mars 1905, S. 1906.2.1, note Wahl.

76 Cass. civ. 13 nov. 1907. S. 1908.1.65, note Lyon-Caen.

77 Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., *op. cit.*, n° 1075, p. 563.

Donc, selon le principe généralement admis, tous les souscripteurs doivent posséder cette volonté commune pour pouvoir adhérer au pacte social. Ce principe a subi quelques entorses dans sa portée à cause de la souscription par prête-nom.

Il y a souscription par prête-nom, selon la définition donnée par MM. Rousselet et Patin « lorsque le souscripteur véritable, désireux de ne pas paraître personnellement à la constitution d'une société, fait souscrire à ses lieus et place des tiers de son choix. Ces tiers, apparemment, agissent dans leur propre intérêt et se comportent comme des souscripteurs véritables. Mais, en réalité, en vertu d'accords secrets, le bénéfice de leur souscription appartient à celui pour le compte duquel ils ont opéré et qui, grâce à ce subterfuge, se trouve avoir souscrit sans cependant figurer parmi les souscripteurs initiaux dont la liste est annexée à l'acte notarié ». [78]

Position de la doctrine

Cette forme de souscription a provoqué une polémique dans la doctrine. La discussion porte sur le fait de savoir si une personne, tout en gardant l'anonymat, peut faire appel au concours d'une autre personne qui agira pour son compte, mais sans faire connaître sa vraie qualité. La doctrine est dominée par deux tendances :

1. *Celle qui condamne la souscription par prête-nom* [79]

D'après Rousselet et Patin, la société ne peut être régulièrement constituée que si tous les souscripteurs agissent en personne ou par leur mandataire, animés d'une volonté d'adhérer à la société et de faire œuvre commune. Nous ne pouvons pas mieux dire que « la fondation d'une société par des souscripteurs agissant en apparence pour leur compte, en réalité pour le compte d'autrui, n'est qu'une mise en scène dont le caractère irrégulier par lui-même devient plus frauduleux encore dans l'hypothèse où, déduction faite des prête-noms, le nombre des souscripteurs réels devient inférieur à sept. Il n'y a pas de formation d'un contrat de société, un tel contrat ne pouvant naître qu'entre personnes véritablement désireuses de mettre en commun certains biens afin de courir ensemble des chances de gain ou des risques de perte. C'est une comédie qui se joue où la loi n'est respectée que pour la forme ». [80]

Dans une certaine mesure, cette tendance fait intervenir l'idée de l'*intuitus personae* dans les sociétés par actions où la considération de la personne n'est pas de rigueur.

---

[78] Rousselet et Patin, « Les souscriptions par prête-nom dans les sociétés par actions », *Rev. sc. crim.*, 1939, pp. 416 et ss.

[79] Rousselet et Patin, précité.

[80] Rousselet et Patin, précité, p. 421.

2. *La tendance que l'on qualifie de libérale qui ne condamne pas la souscription par prête-nom*

L'idée maîtresse de cette thèse est que, dès que la société dispose en fait de son capital, la sincérité de la souscription importe peu.

Thaller écrivait : « Il arrive souvent que de nombreuses personnes souscrivent en concourant à la constitution de la société sous le nom d'autrui sans que le fait d'employer un prête-nom empêche le contrat de se former régulièrement. » [81]

Donc, il suffit, pour les partisans de cette thèse, que les actions aient été libérées ; peu importe que la souscription soit le fait d'un prête-nom, puisque l'*affectio societatis* existe chez celui pour le compte de qui la souscription est faite [82].

La souscription par prête-nom et la jurisprudence

En ce qui concerne la jurisprudence, il faut constater qu'elle est bien hésitante. Il faut préciser d'emblée que la sincérité de la souscription est une question de fait, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond et que la Cour de cassation ne peut pas intervenir pour donner des directives aux tribunaux inférieurs.

La thèse de tendance libérale a été consacrée par les tribunaux. Dans un arrêt du 26 février 1937 [83], la 9e Chambre de la Cour d'appel de Paris, s'occupant de l'affaire du « Groupement des débitants de tabac », a reconnu la licéité de la souscription par prête-nom sous certaines conditions.

En fait, il s'agissait d'une société qui avait été créée par des fondateurs apparents agissant pour le compte d'une autre personne. Les actions avaient été offertes au public, mais toute la partie du capital qui n'avait pas été souscrite par lui l'avait été par les prête-noms et libérée par leur mandant, qui avait gardé l'anonymat.

Le Tribunal de la Seine, par un jugement du 18 juillet 1936, s'était prononcé contre cette souscription par prête-nom pour le motif que, malgré la présence des fonds dans la caisse sociale, le capital n'avait pas été souscrit car l'*affectio societatis* faisait défaut chez les prête-noms. Mais la Cour de Paris réforma le jugement et prononça l'acquittement des deux prévenus.

---

81 THALLER, note sous Cass. req, 22 oct. 1906, D.1908.1.193.

82 HÉMARD, TERRÉ et MABILLAT, *op. cit.*, p. 609, n° 677 ; CONSTANTIN et GAUTRAT, *op. cit.*, pp. 224 et 225, cependant ces deux auteurs admettent que la souscription par prête-nom devient illicite :
« 1. S'il existait une convention secrète entre les fondateurs et le souscripteur.
» 2. Si les souscripteurs agissant tous comme prête-noms des fondateurs, le nombre de ceux-ci était inférieur à sept.
» 3. S'il existait une fraude destinée à tromper les tiers pour obtenir des souscriptions. »

83 Paris, 26 février 1937, *Gaz. trib.*, 20 mars 1937. Cité par ROUSSELET et PATIN, précité, p. 420.

Dans ses attendus, la Cour admit que la société anonyme se caractérise par une « association de capitaux » réunis en dehors de tout *intuitus personae* et qu'aucune prohibition ne résulte des dispositions légales pour souscrire en prête-nom dès lors que ce procédé n'est pas utilisé pour frauder la loi.

La Cour d'appel de Colmar se prononça aussi dans le même sens : « Attendu que la convention de prête-nom, non illicite en soi, ne serait nulle que si elle couvrait une situation prohibée par la loi en fraudant le droit des tiers... et que spécialement la souscription d'actions par un prête-nom doit être tenue pour licite en dehors du cas de fraude à la loi. » [84]

Enfin, la section commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 janvier 1961, rejetant le pourvoi formulé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mai 1958, a pris position en faveur de la licéité de la souscription par prête-nom [85]. En fait, il s'agissait d'une convention qui liait un souscripteur à un prête-nom. Lors de la constitution de la société, l'un des prête-noms, une S. à r.l., s'était engagé à confier à la société nouvelle « Atelier de menuiserie rationnelle » l'exclusivité de la vente de ses produits. Ne respectant pas son engagement et pour échapper à des sanctions, il prétendait que la société nouvelle « Atelier de menuiserie rationnelle » était nulle en raison de la fictivité de la souscription. La Cour de Paris rejeta cette prétention ; un pourvoi en cassation fut formulé pour le motif que la souscription critiquée violait les dispositions de l'article premier, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1867, qui exige une souscription intégrale. La Cour de cassation confirma la décision de la Cour d'appel de Paris. « Attendu qu'il est reproché à la Cour d'appel d'avoir refusé d'admettre une telle cause de nullité alors, d'une part, que la souscription du capital social par des prête-noms et la libération du quart des actions par eux souscrites au moyen de fonds ne leur appartenant pas ne satisfait pas aux dispositions impératives de l'article premier, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1867, exigeant pour la constitution de la société la souscription de la totalité du capital social . . . Attendu qu'après avoir constaté qu'en l'espèce la simulation incriminée ne recouvrait aucune fraude et que la libération des actions n'était pas fictive, les fonds étant réellement et définitivement entrés dans les caisses de la société, la Cour d'appel a considéré à juste titre que la souscription par prête-nom ne constituait pas en elle-même une cause de nullité. »

Bien sûr, la Cour de cassation, en confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, affirme que la souscription par prête-nom est licite, si elle ne cherche pas à frauder la loi. Mais il ne faut pas oublier que cet arrêt a été rendu par la Chambre civile, section commerciale de la Cour, qui se prononce sur la validité d'une telle souscription sur le plan civil, à savoir si elle est nulle ou pas.

---

[84] Colmar, 30 avril 1957. S. 1957.385 note.

[85] Cass. comm., 30 janvier 1961, D. 1961.292.

Il nous semble que, vue sous l'angle pénal, la souscription par prête-nom doit être rejetée. Deux nouveautés dans la loi du 24 juillet 1966 et dans son décret d'application nous font émettre l'avis qu'elles conduiront éventuellement les tribunaux vers la théorie défendue par MM. Rousselet et Patin :

L'article 77 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit que les fonds provenant de la souscription en numéraire et la liste des actionnaires doivent faire l'objet d'un dépôt dans les conditions déterminées par le décret.

L'article 61 du décret oblige le souscripteur ou son mandataire à dater et à signer son bulletin de souscription qui doit contenir aussi le nom, le prénom usuel et le domicile du souscripteur.

Cette dernière disposition nous fait penser que le législateur n'est pas favorable à la souscription par prête-nom, sinon pourquoi cette précision si ce n'est pour connaître la véritable identité et la personnalité du souscripteur. Au fond nous voulons bien admettre que la souscription par prête-nom soit dans certaines conditions une opération licite, mais elle pourrait être immanquablement génératrice d'autres infractions, du moins théoriquement.

En effet le prête-nom devient propriétaire des actions souscrites par lui, mais libérées par le véritable propriétaire qui est resté dans l'ombre. Les partisans de la tendance libérale estiment qu'il faut voir dans la libération des actions la présomption de l'*affectio societatis* qui doit exister chez celui qui a effectivement payé le prix des actions, c'est-à-dire chez le souscripteur qui a gardé l'anonymat. Mais, entre-temps, le nom du prête-nom, qui n'a peut-être ni la volonté ni le désir de devenir actionnaire de la société, va être remis au notaire lors de la déclaration notariée, ce qui va constituer le délit de déclaration notariée mensongère. C'est du moins l'avis de la 11e Chambre du Tribunal correctionnel de la Seine dans l'affaire du Comptoir National du Logement [86].

Le plus grave, c'est qu'il va participer à l'assemblée générale en tant qu'actionnaire et, par son vote, va décider du sort de la société à laquelle il n'est que superficiellement apparenté. On sait que l'article 440-2 de la loi du 24 juillet 1966 punit d'une peine d'emprisonnement allant de trois mois à deux ans et d'une amende de 2000 à 40 000 francs, ou de l'une des deux peines seulement, ceux qui, en se présentant faussement comme proprié-

---

[86] Affaire du « Comptoir National du Logement », Trib. corr. Seine 11e Ch., 13 juillet 1963, *Gaz. Pal.*, 1963, 2.325 : « Attendu que Me Chardonnet a établi, le 17 septembre 1958, un acte constatant la déclaration faite par D., en tant que « fondateur » ; que le capital de la société anonyme G. M., dont les statuts avaient été établis le 23 juin précédant, avait été souscrit et libéré du quart ; que, dans cette déclaration, reprise dans l'acte, M... apparaissait comme porteur de 848 actions représentant 8 480 000 *AF*, que cette déclaration était mensongère, le véritable propriétaire étant P., comme tous l'ont reconnu ; que le délit de la déclaration mensongère est donc constitué à l'encontre de P. et M. ».

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 juin 1965, rejeta les conclusions des condamnés en première instance et maintint la condamnation. Voir *Gaz. Pal.*, 1964.1.293.

taires d'actions ou de coupures d'actions, auraient participé au vote dans une assemblée d'actionnaires, qu'ils aient agi directement ou par personne interposée.

En prenant part au vote, le prête-nom pourra aussi donner lieu à la réalisation du délit d'usage abusif des voix, sanctionné par l'article 437-4 de la loi du 24 juillet 1966. Le prête-nom pourrait aussi cacher la personne de l'apporteur en nature, favorisant ainsi l'obtention de la surévaluation.

Allons-nous permettre ou tolérer la souscription par prête-nom uniquement parce que l'*affectio societatis* existe chez celui qui libère la souscription ? Quant à nous, nous ne souscrivons pas à cette théorie, même si c'est par prête-nom.

Nous terminons cette discussion en citant un ouvrage paru en 1929, « De l'*intuitus personae* dans la société anonyme », de M. Camerlynck, indiquant à juste titre qu'« à l'origine de la société anonyme, on trouve obligatoirement une initiative de la personne. Les premiers capitaux ne se réunissent pas spontanément. Les fondateurs organisent le recrutement des premiers actionnaires. Ceux-ci le plus souvent ne seront pas choisis pour leur seule qualité de capitalistes ; ils s'uniront en raison de leur parenté, de leur amitié, ou comme ayant une religion, une opinion politique, une profession et le plus souvent une activité économique semblable ; ils contractent donc *intuitu personae*. Il n'est donc pas indifférent que la personnalité exacte des premiers souscripteurs soit obligatoirement révélée aux tiers ». [87]

Nous avons, à maintes reprises, condamné la souscription par prête-nom. Il faut tout de même préciser, pour éviter tout malentendu, que nous ne contestons pas la validité de la souscription par prête-nom. Celle-ci devient répréhensible dès le moment où le bulletin de souscription ne répond à aucun engagement réel. Autrement dit, nous condamnons la souscription par prête-nom lorsqu'elle est frauduleuse. Hormis la fraude, la souscription n'est pas fictive par cela qu'elle est faite par prête-nom [88].

6. *La libération régulière des actions*

Pour que la société soit constituée, il ne suffit pas que le capital-actions soit entièrement souscrit, il faut encore que les actions soient libérées.

La loi du 24 juillet 1966 a posé des règles différentes en ce qui concerne la libération des actions, suivant qu'il s'agit d'actions de numéraire ou d'actions d'apport.

---

[87] CAMERLYNCK, *De l'intutitus personae dans la société anonyme*, cité par ROUSSELET et PATIN dans l'article intitulé « Les souscriptions par prête-nom dans les sociétés par actions », précité.

[88] Voir *supra* p. 52, Colmar, 30 avril 1957, Cass. Com. 30 janvier 1961. Voir aussi Jurisclasseur pénal, lois pénales annexes ; société ; Fascicule B^2 nos 20 et 21.

a) La libération des actions de numéraire

L'article 75 de la loi du 24 juillet 1966 dispose que le capital des sociétés anonymes, constituées avec ou sans appel public à l'épargne, doit être intégralement souscrit et que les actions de numéraire doivent être libérées, lors de la souscription, d'au moins un quart de leur valeur nominale.

Le législateur a voulu que la société ait à sa disposition les ressources nécessaires pour faire face à ses besoins. Il ne faut évidemment pas confondre la réalité du versement avec la sincérité de la souscription : il peut arriver qu'une société dispose de son capital social alors que la souscription de ce capital a été partiellement fictive, et de même, que la souscription soit intégrale et sincère alors qu'elle n'est pas suivie d'un versement suffisant.

Pour s'acquitter de la dette née de la souscription, le souscripteur peut user de tous les moyens de paiement.

Depuis le décret-loi du 31 août 1937, le versement doit avoir lieu, dans tous les cas, avant la déclaration notariée, soit à la Caisse des Dépôts et Consignations, soit chez un notaire, soit dans un établissement bancaire [89].

Le versement du premier quart doit être un versement individuel, fait par chaque actionnaire [90], proportionnellement au nombre d'actions souscrites par lui. Il y a là un point très important sur lequel il faut insister : il n'est pas suffisant que la société ait à sa disposition l'équivalent du quart de son capital. Il faut que chaque souscripteur ait libéré ses propres actions souscrites, autrement le capital devrait être considéré comme irrégulièrement libéré. La doctrine est unanime et la jurisprudence constante depuis près de cinquante ans sur ce point [91].

L'article premier du décret du 31 août 1937, modifiant la loi du 24 juillet 1867, a consacré la jurisprudence, lorsqu'il a décidé que les fondateurs devaient annexer l'état des versements effectués par chaque souscripteur à la déclaration notariée [92].

b) La libération des actions d'apport

Ces actions représentent la partie du capital social qui n'est pas composée de remises d'espèces.

Les règles relatives à la souscription des actions de numéraire s'appliquent aussi à la souscription des actions d'apport. En effet, la souscription doit être intégrale, sincère et irrévocable, c'est-à-dire non soumise à condition.

---

89 Pour les règles relatives au dépôt, voir *infra*, p. 57.

90 Crim., 4 mai 1933. D. H. 1933, 366.

91 Voir Touffait, Audureau, Robin et Lacoste, *op. cit.*, p. 45, et la jurisprudence citée.

92 Dans le même sens, Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op. cit.*, p. 259.

La seule différence entre les actions de numéraire et les actions d'apport consiste dans le fait que ces dernières doivent être intégralement libérées, soit que la propriété du bien à apporter doit être intégralement transférée à la société.

Pour s'assurer de ce transfert, le législateur de 1966, reprenant l'article 3, alinéa 4, de la loi de 1867, s'est servi d'une rédaction qui crée une flagrante contradiction entre certaines dispositions de la loi du 24 juillet 1966 :

L'alinéa 3 de l'article 75 prévoit que les actions d'apport doivent être intégralement libérées dès leur émission.

L'article 278 de la loi de 1966 prescrit que les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après l'immatriculation de la société au Registre du commerce.

L'article 432, alinéa 3, édicte une peine d'emprisonnement de trois mois à un an si les actions ont été émises sans avoir été intégralement libérées antérieurement à l'immatriculation de la société au Registre du commerce.

On a soutenu que la rédaction de l'article 75, alinéa 3, conduisait à une « impasse » juridique [93]. La formule employée par l'article 75, alinéa 3, est mauvaise, dit Ripert [94]. Emettre une action, a-t-on dit, c'est créer matériellement le titre et le remettre à son titulaire [95]. Si tel est le sens du mot « émission » et si nous rapprochons les deux articles 75, alinéa 3, et 278, en tenant compte du sens du mot émission, nous pouvons tirer la conclusion d'après laquelle l'apporteur a un délai de deux ans pour libérer son action ; alors que l'alinéa 2 de l'article 432 de la loi du 24 juillet 1966 punit d'une peine d'emprisonnement allant de trois mois à un an les personnes responsables si elles ont procédé à l'émission des actions d'apport sans libération intégrale avant l'immatriculation de la société au Registre du commerce.

Nous constatons donc que la rédaction de l'article 75, alinéa 3, prête à confusion et qu'elle devrait être modifiée [96].

Il est plus logique et rigoureux de dire, à notre avis, que les actions d'apport doivent être intégralement libérées dès la constitution de la société, c'est-à-dire dès que l'assemblée générale constitutive a approuvé l'évaluation des apports. Si le législateur a frappé les actions d'apport de non-négociabilité pendant deux ans à partir de l'immatriculation de la société au Registre du commerce, ce n'est pas pour retarder l'échéance de la libération, mais plutôt pour créer un rapport de dépendance entre le titulaire de l'action d'apport et la société à laquelle la propriété de l'apport a été transférée.

---

[93] BASTIAN, « La réforme du droit des sociétés commerciales, sociétés par actions », *J.C.P.*, 1968, I.2183 ; voir aussi LUGAN, « Irrespectueuse exégèse », *Gaz. Pal.*, 1969, I.143 et 144.

[94] RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., p. 574.

[95] Voir *infra*, p. 65.

[96] Dans le même sens, CONSTANTIN, *op. cit.*, p. 122.

La pratique a enseigné que, malgré toutes les précautions dont le législateur entoure la vérification des apports, ceux-ci sont plus ou moins majorés [97] et que l'apporteur ne cherche qu'à se « débarrasser » le plus vite possible de ses titres pour éviter les conséquences qui résulteraient pour la société de la majoration des apports. Ripert écrit dans ce sens que « beaucoup de sociétés ont une situation difficile, parce que la valeur des apports a été exagérée, et beaucoup d'apporteurs en nature ne cherchent à entrer en société que pour céder ensuite leurs titres » [98].

On voit donc que le délai de deux ans au cours duquel l'action ne peut être négociée n'empêche pas que l'action d'apport soit émise dès la constitution définitive de la société ; de toute manière elle reste attachée à la souche.

§ 7. *Le dépôt des fonds*

Nous avons dit que la constitution régulière de la société requiert la libération effective et sincère des actions souscrites.

Pour assurer le caractère effectif des versements, la loi de 1966, reprenant les dispositions du décret-loi du 31 août 1937, exige que les fonds provenant des souscriptions en numéraire soient déposés, pour le compte de la société en formation et par les personnes qui les ont reçus, soit à la Caisse des Dépôts et Consignations, soit chez un notaire, soit dans une banque selon les indications portées à la notice. Le dépôt doit être fait dans un délai de huit jours à compter de la réception des fonds (article 62 du décret du 23 mars 1967).

Le retrait des fonds provenant des souscriptions en numéraire avant l'immatriculation de la société au Registre du commerce est interdit. Un tel retrait n'est possible qu'après l'immatriculation de la société attestée par un certificat du greffe délivré à cette fin. Dans le cas où la société est constituée en faisant appel public à l'épargne, si elle n'est pas constituée dans un délai de six mois [99] à partir du dépôt du projet de statuts au greffe, tout souscripteur, en vertu des dispositions de l'article 83, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966, peut demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds et de les restituer aux souscripteurs sous déduction des frais de répartition.

---

[97] Voir *infra*, « Le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature », pp. 79 et ss.

[98] Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., p. 571, n° 1013.

[99] Le texte de l'article 71 du décret du 23 mars 1967 précise ce qu'il faut entendre par constitution : la société est constituée dès que les fondateurs ont accompli les formalités relatives à la tenue de l'assemblée générale constitutive. Il ne faut pas confondre la perfection de la société avec le début de la jouissance de la personnalité morale ; voir dans ce sens : Hémard, Terré et Mabillat, *La réforme des sociétés commerciales, Décret n° 67-236 du 23 mars 1967, commentaires analytiques*, p. 65, Paris 1967.

Ce mandataire est nommé par le président du tribunal de commerce du lieu du siège social de la société, statuant en référé [100].

En ce qui concerne les sociétés qui n'ont pas fait appel public à l'épargne le décret d'application de la loi du 24 juillet 1966, à son article 76, prévoit que tout souscripteur peut exiger la restitution du montant de la somme qu'il a versée, six mois après le dépôt de celle-ci, si, à cette date, la société n'est pas constituée. En effet, l'article 84 de la loi de 1966 écarte l'exigence du dépôt du projet de statuts au greffe du tribunal de commerce, mais laisse la possibilité de réclamer les fonds versés si la société n'est pas constituée. C'est au moment de la signature des statuts qu'il faut se déplacer pour apprécier la perfection de la société.

Certains auteurs [101] font à juste titre remarquer que l'expression de « restitution », employée par la loi du 24 juillet 1966, caractérise une situation juridique bien déterminée : tant que les fonds ne sont pas retirés en faveur de la société, ils restent la propriété des souscripteurs. Donc, si les fonds sont retirés irrégulièrement par les fondateurs, contrairement à l'opinion émise[102], le délit d'émission ne peut pas être consommé puisque les éléments constitutifs du délit ne sont pas réunis. Dans ce cas, il est aussi possible, nous semble-t-il, de retenir contre les fondateurs, la charge du délit d'escroquerie et la peine applicable est celle prévue par l'article 405, alinéa 2, du Code pénal qui a disposé ce qui suit :

« . . .

» Si le délit (escroquerie) a été commis par une personne ayant fait appel au public en vue de l'émission d'actions, obligations, bons, parts ou titres quelconques, soit d'une société, soit d'une entreprise commerciale ou industrielle, l'emprisonnement pourra être porté à dix années et l'amende à 180 000 francs. »

§ 8. *Déclaration notariée des souscriptions et des versements*

Cette déclaration, inspirée de l'idée de combattre la souscription fictive, est l'avant-dernière formalité à laquelle sont tenus les fondateurs. Il s'agit pour eux de déclarer devant un notaire que le capital a été entièrement souscrit et que le versement exigé par la loi a été fait par les souscripteurs.

D'après l'article 78 de la loi du 24 juillet 1966, sur présentation des bulletins de souscription ou, le cas échéant, d'un certificat du dépositaire constatant les versements de fonds, le notaire affirme dans l'acte qu'il dresse que le montant des versements déclaré par les fondateurs est conforme à celui

---

[100] *Ibid.*, p. 69.

[101] Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 44.

[102] *Ibid.*

des sommes déposées dans son étude ou figurant au certificat du dépositaire des fonds. L'assemblée générale constitutive sera appelée à constater l'existence de l'acte notarié. La liste des souscripteurs doit être annexée à la déclaration notariée des souscriptions et des versements de fonds [103]. Pour la régularité de la déclaration, tous les fondateurs doivent se présenter en personne devant le notaire et, si l'un d'eux est empêché, son mandataire doit être muni d'une procuration notariée [104].

Le rôle du notaire dans la constitution de la société

Le rôle et la responsabilité de cet officier public se sont considérablement accrus avec la réforme de 1966.

Sous l'empire de l'ancienne législation, l'article premier de la loi du 24 juillet 1867, modifié par le décret du 31 août 1937 [105] prévoyait que la souscription et les versements sont constatés par une déclaration des fondateurs dans un acte notarié. Le notaire se fera présenter les bulletins de souscription et un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds.

La loi nouvelle dans son article 78 dispose :

« Les souscriptions et les versements sont constatés par une déclaration des fondateurs dans un acte notarié.

» Sur présentation des bulletins de souscription et, le cas échéant, d'un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds, le notaire affirme, dans l'acte qu'il dresse, que le montant des versements déclarés par les fondateurs est conforme à celui des sommes déposées dans son étude ou figurant au certificat précité. »

Avant le décret-loi du 31 août 1937, le notaire n'avait pour ainsi dire pas de responsabilité lors de la constitution de la société [106]. Son rôle était « d'une passivité désespérante ». Le notaire n'avait pas à effectuer la véri-

---

103 La déclaration notariée était déjà prévue par la loi de 1867. Le décret du 8 août 1935 a érigé en délit spécial la déclaration notariée mensongère. Un décret-loi du 31 août 1937, modifiant l'article premier de la loi de 1867 en y ajoutant deux alinéas 11 et 12, a prévu l'obligation d'annexer la liste des souscripteurs et l'état des versements faits par chaque souscripteur à la déclaration notariée.

104 L'exigence de la procuration notariée a sa source dans un arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 1928 (S. 1929.1.129 note Lagarde). Dans cet arrêt, la Cour de cassation décida pour la première fois que la déclaration est nulle si elle n'émane pas de tous les fondateurs ; que si elle est faite par un mandataire, le mandat doit être lui-même authentique.

105 Décret-loi du 31 août 1937, modifiant et complétant diverses dispositions de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés et de la loi du 13 novembre 1933 réglementant le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires. *J.O.* du 1er septembre 1937.

106 Voir Eschapasse, *Du rôle du notaire dans la constitution des sociétés par actions*, thèse, Poitiers 1932, pp. 84 et ss.

fication matérielle de la sincérité de la déclaration et n'avait par conséquent aucune justification à demander [107].

D'ailleurs, la Cour de cassation avait aussi confirmé cette opinion. Dans un arrêt du 31 janvier 1938 [108], la Cour suprême déclara que « les articles premier et 24 de la loi du 24 juillet 1867 qui, avant le décret-loi du 31 août 1937, prescrivaient que la souscription des actions d'une société anonyme et le versement du quart du capital social seraient constatés par une déclaration des fondateurs faite dans un acte notarié, n'avaient conféré au notaire d'autres missions que celle de recevoir cette déclaration et de la revêtir de la forme authentique, sans lui attribuer le pouvoir, ni lui imposer l'obligation de s'assurer de la sincérité des fondateurs et de procéder à une vérification, dont la charge incombait à l'assemblée générale constitutive.

« En conséquence, c'est à bon droit qu'un arrêt déclare qu'un notaire n'a commis aucune faute ni négligence capable d'engager sa responsabilité lorsqu'il lui est reproché seulement d'avoir reçu la déclaration prescrite par l'article premier de la loi du 24 juillet 1867, non modifié par le décret-loi du 31 août 1937, sans avoir procédé à un contrôle, même de pure forme, de l'exactitude de cette déclaration. » Donc, pas de mission de contrôle avant le décret-loi du 31 août 1937.

La loi du 24 juillet 1867 étant modifiée par le décret-loi précité, du coup le notaire se trouve face à une responsabilité accrue [109]. D'après le onzième alinéa de l'article premier de la loi de 1867, la notaire devait être considéré comme responsable s'il n'avait pas vérifié la concordance requise entre le montant total des souscriptions et le total indiqué par le certificat des dépositaires. Or, il était clair que le notaire devait refuser d'instrumenter la déclaration si, par exemple, les bulletins n'étaient pas datés ou qu'une partie du capital n'était pas régulièrement libérée.

La loi du 24 juillet 1966, dans son article 78, alinéa 2, confirme cette solution puisqu'elle indique expressément que le notaire ne doit dresser l'acte de déclaration que « sur présentation des bulletins de souscription et, le cas échéant, d'un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds ». Donc la participation du notaire devient active, puisqu'il doit

---

107 *Ibid.*, p. 87.

108 Cass.Req. 31 janvier 1938. S. 1938.1.129, note Henri Rousseau.

109 Cette responsabilité avait été réclamée par certains notaires eux-mêmes depuis longtemps. Lors du 16e Congrès des notaires de France, tenu à Marseille en 1906, Me Maria avait notamment dit « qu'il faut bien reconnaître que le rôle du notaire, si l'on s'en tient à la lettre de la loi de 1867, est d'une passivité désespérante. Je crois néanmoins que, même dans l'état de la législation actuelle, le notaire n'a pas accompli tout son devoir lorsqu'il accepte de recevoir un acte de cette nature sans aucun souci de la sincérité de la déclaration. Aussi, dis-je à mes confrères : lorsque vous aurez à recevoir une déclaration de souscription et de versement, exigez la justification du versement effectif et assurez-vous non seulement que les fonds existent, mais encore qu'ils ne pourront disparaître avant la constitution définitive de la société. » Cité par ESCHAPASSE, *op. cit.*, p. 100.

procéder à la vérification des pièces qui lui sont remises en vue de la rédaction de l'acte de déclaration [110].

Donc, le notaire, en affirmant que le montant des versements déclarés est conforme à celui des sommes déposées dans son étude ou figurant au certificat du dépositaire, engage sa responsabilité.

§ 9. *Assemblée générale constitutive*

Convoquer une assemblée générale constitutive est la dernière formalité à laquelle sont tenus les fondateurs. Les dispositions de l'article 79 de la loi du 24 juillet 1966 et celles des articles 66 à 69 du décret d'application du 23 mars 1967 prévoient les règles régissant la convocation et la teneur de l'assemblée générale constitutive, lorsque la société est constituée en faisant appel public à l'épargne :

Après la déclaration de souscription et de versement, les fondateurs doivent convoquer les souscripteurs en assemblée générale constitutive.

Cette assemblée constitutive doit être convoquée au lieu indiqué par la notice ; l'avis de convocation doit indiquer la dénomination sociale et la forme de la société, l'adresse prévue du siège social, le montant du capital social, les jour, heure, lieu et ordre du jour de l'assemblée ; il doit être inséré au *Bulletin des annonces légales obligatoires* et dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social, huit jours au moins avant la date de l'assemblée.

L'assemblée constitutive doit aussi constater que le capital est entièrement souscrit et que les actions sont libérées du montant exigible ; elle doit se prononcer sur l'adoption des statuts, qui ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs ; elle doit aussi nommer les premiers administrateurs ou membres du conseil de surveillance, et désigner un ou plusieurs commissaires aux comptes ; le procès-verbal de la séance de l'assemblée doit constater, s'il y a lieu, l'acceptation de leurs fonctions par les administrateurs ou membres du conseil de surveillance et par les commissaires aux comptes.

L'assemblée générale constitutive doit statuer sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers ; elle ne peut les réduire qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs ; à défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers, mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée.

---

110 Voir une étude de J. C. Odei, ancien notaire, sur la constitution, déclaration de souscription et de versement ; in J.-cl. soc., fasc. 01, notamment nos 21 à 26, et à jurisprudence citée relative à la responsabilité des notaires.

Les souscripteurs prennent part au vote ou se font représenter dans les conditions prévues aux articles 161, 163 et 166 de la loi du 24 juillet 1966 ; l'assemblée délibère aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées extraordinaires.

Chaque souscripteur dispose d'un nombre de voix égal à celui des actions qu'il a souscrites, sans que ce nombre puisse excéder dix ; le mandataire d'un souscripteur dispose des voix de son mandant dans les mêmes conditions et la même limite.

Lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité ; l'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative ni pour lui-même, ni comme mandataire.

Les actes accomplis pour le compte de la société en formation conformément à l'article 5, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 doivent être soumis à l'assemblée générale constitutive, après qu'ont été désignés les premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et les premiers commissaires aux comptes ; le rapport des fondateurs énumère chacun de ces actes et indique l'engagement qui en résulterait pour la société ; si l'assemblée autorise la société à les reprendre à son compte, cette décision ne prendra effet, dans les conditions prévues à l'article 5, alinéa 2, précité, qu'après immatriculation de la société au Registre du commerce ; l'assemblée peut également donner mandat à une ou plusieurs des personnes désignées en qualité de premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de prendre des engagements pour le compte de la société ; sous réserve qu'ils soient déterminés et que leurs modalités soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société au Registre du commerce emportera reprise de ces engagements par ladite société.

Régularisation des irrégularités

Nous avons répété à plusieurs reprises que le législateur de 1966 a délibérément réduit les causes de nullité des sociétés.

Conformément à l'article 6 de la loi du 24 juillet 1966, les fondateurs et les premiers administrateurs doivent faire au greffe du tribunal de commerce une déclaration de conformité dans laquelle ils certifient avoir régulièrement effectué toutes les opérations de constitution de la société.

Le deuxième alinéa de l'article 6 prévoit que si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la loi ou si les formalités prescrites par celle-ci pour la constitution n'ont pas été accomplies, tout intéressé, ainsi que le ministère public, est habile à demander en justice la régularisation de cette société.

Nous constatons donc que le législateur s'est efforcé de faciliter la régularisation des sociétés qui sont viciées à l'origine.

Ce qui nous intéresse dans cette faculté offerte aux sociétés est de savoir quelle est l'influence de cette régularisation sur l'exercice de l'action publique. Autrement dit, les actions d'une société originairement viciée peuvent-elles être émises lorsque le vice a disparu ?

Il faut y répondre affirmativement, mais sous réserve d'une condition. Dès que l'irrégularité est réparée le délit disparaît, puisque par définition il est consommé si l'irrégularité de la constitution est suivie de l'émission de l'action. Il est tout à fait permis de procéder à l'émission des actions sans qu'elle soit frauduleuse, si la réparation du vice précède l'émission de l'action. Mais en revanche, si la régularisation intervient après l'émission, le délit subsiste et l'émission restera irrégulière, car on se trouve en face d'une société irrégulièrement constituée [111].

Sous-section II

RÈGLES RELATIVES À LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME NE FAISANT PAS APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE

Les formalités de la constitution de ce type de société sont particulièrement simples. Le législateur part de l'idée que cette forme de société est fondée généralement entre des personnes qui se connaissent, qui ont la pratique des affaires et n'ont pas besoin d'être protégées comme doivent l'être les souscripteurs des sociétés qui ont fait appel public à l'épargne.

Partant de ce raisonnement, la loi du 24 juillet 1966 exclut, pour la constitution de la société qui ne fait pas appel public à l'épargne, certaines formalités qui sont obligatoires pour l'autre type.

Certaines formalités prévues pour les sociétés faisant appel public à l'épargne sont également applicables aux sociétés qui ne font pas appel public, cela conformément à l'article 84 de la loi du 24 juillet 1966 :

— le nombre des associés ne doit pas être inférieur à sept personnes ;

— le capital social, 100 000 francs au moins, doit être intégralement souscrit ;

— les actions doivent être régulièrement libérées ;

— les fonds provenant des souscriptions en numéraire ainsi que la liste des souscripteurs avec l'indication des sommes versées par chacun d'eux, doivent faire l'objet d'un dépôt, à la Caisse des Dépôts et Consignations ou chez un notaire ou dans un établissement bancaire ;

---

111 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 64 ; Constantin, *op. cit.*, p. 531.

— en cas d'apport en nature, un ou plusieurs commissaires aux apports doivent être désignés par décision de justice à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux ;

— le retrait des fonds provenant des souscriptions en numéraire ne peut être effectué par le mandataire de la société en formation avant l'immatriculation de celle-ci au Registre du commerce ;

— si la société n'est pas constituée dans un délai de six mois, tout souscripteur peut exiger la restitution du montant qu'il a versé. Ce délai est calculé à partir du dépôt des fonds. Si ultérieurement les fondateurs décident de constituer la société, ils doivent procéder à nouveau au dépôt des fonds et à la déclaration notariée.

Les formalités suivantes sont propres aux sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne :

Les statuts doivent contenir l'évaluation des apports en nature ; il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un commissaire aux apports. Le rapport des commissaires aux apports reste, au siège social, à la disposition des futurs actionnaires, qui peuvent en prendre copie, trois jours au moins avant la date de la signature des statuts.

Les statuts sont signés par les actionnaires, soit en personne, soit par un mandataire muni d'une procuration justifiant d'un pouvoir spécial, après la déclaration notariée de versement.

B. — *L'émission*

Dans les pages précédentes, nous avons analysé les règles de la constitution de la société anonyme dont la violation constituerait le délit d'émission d'action.

Il faut aussi préciser que la non-observation de ces règles n'entraîne pas *ipso facto* l'application de l'article 432 de la loi de 1966. Il faudrait pour cela que la constitution irrégulière soit suivie de l'émission des titres. Cela oblige les dirigeants de la société à vérifier minutieusement si toutes les conditions de fond et de forme de la constitution ont été respectées avant de procéder à la création des titres.

Etant donné que l'émission de titres est le critère de la consommation du délit, il faudrait, nous semble-t-il, préciser ce qu'il faut entendre par émission ; autrement dit, à partir de quel moment les titres sont émis.

Le législateur de 1966, pas plus que celui de 1867, n'a donné ou voulu donner une définition du terme d'émission.

La doctrine et la jurisprudence ont tenté de préciser le sens que la loi entendait attribuer à ce terme.

Il est admis qu'il ne s'agit pas de l'ouverture de la souscription [112]. Il faut entendre par émission la création matérielle des titres [113]. D'après cette théorie, les titres sont émis lorsqu'ils sont matériellement créés, c'est-à-dire imprimés, signés, timbrés et délivrés, c'est-à-dire détachés de la souche et remis à un actionnaire, sans qu'on prenne le mot délivrer au sens strict du terme.

M. Constantin écrit : « Le délit d'émission est caractérisé, en effet, par la création et la délivrance du papier qui est la forme matérielle de l'action. » [114]

Selon l'auteur précité, l'émission pénalement réprimée suppose que les titres qui sont remis à leurs titulaires doivent leur permettre d'exercer tous les droits attachés à la qualité d'actionnaire. D'où certaines remarques :

— l'article 432 s'applique aussi bien aux actions d'apport qu'aux actions de numéraire ;

— pour qu'il y ait répression pénale, il faut qu'il y ait délivrance des titres définitifs, titres qui représentent la société définitivement constituée et qui établissent la position définitive du titulaire. Il en résulterait donc que les récépissés ou les certificats provisoires qu'on soumet aux souscripteurs pour constater le versement du premier quart et qui devront être échangés ensuite contre les titres définitifs ne tombent pas sous le coup de l'article 432.

La thèse de la création matérielle des titres a été autrefois adoptée par la jurisprudence. La 1re Chambre de la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire « Holfra », a défini l'émission comme le « détachement des titres de la souche et leur remise aux ayants droit » [115].

Une autre thèse, défendue par MM. Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, est celle de la création « juridique » des titres [116]. Cette thèse ne lie pas l'émission de l'action à son impression et sa remise aux ayants droit. Elle considère que les actions sont émises dès la « constitution définitive » de la société, soit dès que, après l'immatriculation de la société au Registre du commerce, les dirigeants ont pris possession des fonds déposés. C'est à ce moment que les actions sont juridiquement créées et attribuées aux actionnaires et qu'elles deviennent susceptibles d'être répandues dans le public. En créant le délit d'émission, le législateur a voulu contraindre les dirigeants à revoir une fois encore si effectivement toutes les formalités ont été accomplies. En effet, le fait, pour les dirigeants, de prendre possession des fonds

---

112 Pinoteau, *op. cit.*, nos 121 et 122 ; Constantin, *op. cit.*, p. 526.

113 Constantin, *ibid.*, ; Pinoteau, *op.* et *loc. cit.* ; Bastian, *Réforme du droit des sociétés commerciales, sociétés par actions*, précité ; André Colomer, « Délit d'émission d'action », in *Hamel, op. cit.*, p. 74 ; Larguier, *op. cit.*, p. 249.

114 Constantin, *ibid.*

115 Paris, 19 janvier 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.1.412, et *Rev. soc.*, 1933.22.

116 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, pp. 70 et 71.

déposés laisse supposer que la constitution est régulière et que les actionnaires ne seront pas trompés dans leur droit.

A notre avis, ces deux thèses sont complémentaires ; cette complémentarité provient de la diversité de sens de la notion de l'émission.

Lorsque les actions sont émises avant l'immatriculation de la société au Registre du commerce, le mot émission est utilisé dans le sens matériel.

On peut facilement constater que la thèse matérielle n'est pas toujours bien fondée, surtout au début de la vie de la société, où presque tous les titres sont nominatifs. Or, le détachement de ces titres de la souche et leur remise aux ayants droit sont encore subordonnés à l'inscription des noms de leurs propriétaires aux registres de la société.

On pourrait aussi accorder ce sens au terme « émission », telle qu'elle est prévue par l'alinéa 3 de l'article 432 : le seul fait de ne pas respecter le délai de deux ans pour le détachement de la souche des actions d'apport, et de ne pas maintenir les actions de numéraire en la forme nominative jusqu'à leur entière libération, est punissable. Donc, « juridiquement », les titres sont créés, mais selon la théorie de la « création matérielle », ces titres ne sont pas encore émis.

Les auteurs de la thèse de la création juridique des titres considèrent qu'il y a émission juridique dans les cas suivants [117] :

« Lorsque l'immatriculation a été obtenue par fraude et que, néanmoins, les fondateurs et dirigeants sociaux ont pris possession des fonds déposés. »

« Lorsque les formalités de constitution de la société n'ont pas été régulièrement accomplies au moment du retrait des fonds. »

Section II

Elément intentionnel

Le délit d'émission est un délit purement matériel et ne comporte pas d'élément intentionnel. Le délit se consomme par la seule émission des titres, alors que la société est irrégulièrement constituée, cela en dehors de toute intention délictueuse.

Pour éviter tout malentendu, un point essentiel doit être souligné : le délit n'est pas dépourvu d'élément moral mais, comme disent MM. Patin,

---

[117] Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 71.

Caujolle, Aydalot et Robert, « toute infraction, il est vrai, suppose pour le moins, à défaut d'une intention dolosive, une faute. Mais ici, cette faute est incluse dans la constatation des faits constitutifs du délit ». [118]

Les dirigeants sociaux ont l'obligation de vérifier, avant de procéder à l'émission, si toutes les formalités requises pour une constitution conforme ont été accomplies. La faute consiste dans la méconnaissance de cette obligation.

M. Fougères fait observer que « si ce délit ne comporte pas d'intention dolosive, ça n'en est pas moins un délit et non une contravention. C'est un défaut de vigilance, une faute d'abstention qui est ainsi à la base de la responsabilité pénale. » [119]

D'après MM. Constantin et Gautrat, ce délit doit « s'interpréter comme une présomption sinon de fraude, du moins d'une négligence coupable à l'encontre des fondateurs, administrateurs et gérants, mais aussi comme n'empêchant pas ces derniers de rapporter la preuve de leur impossibilité absolue d'empêcher les irrégularités commises » [120]. Il est vrai que si l'un des dirigeants peut prouver qu'il était dans l'impossibilité matérielle d'exercer le contrôle nécessaire, ou l'ayant fait qu'il s'est trompé, ou, selon la formule de la Cour de cassation « qu'il se soit trouvé dans l'impossibilité absolue de prévoir et d'empêcher l'infraction » [121], sa responsabilité n'est pas engagée.

Section III

Les modalités de la poursuite et de la répression

§ 1. *Les auteurs du délit*

Il s'agit des fondateurs, du président, des administrateurs ou des directeurs généraux de la société qui étaient en fonction au moment de l'émission. Il faut se placer au moment de l'émission des titres pour désigner les personnes responsables.

---

118 Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op. cit.*, p. 263.

119 Dans le même sens, Paris, 18 juillet 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.194. Ce jugement rejette l'argument tiré du fait que les administrateurs, pour la constitution de la société, s'en seraient rapportés à une personne prétendument qualifiée.

120 Constantin, *op. cit.*, p. 530.

121 Cass. crim. 12 décembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.182. Voir également Trib. corr. Seine, 11 juillet 1933, *J. soc.*, 1933, p. 694, confirmé par Paris 23 janvier 1935, *J. soc.*, 1935, p. 566.

Le nombre des auteurs du délit se trouve élargi par l'article 463 de la loi de 1966 relatif aux « infractions communes aux diverses formes de sociétés par actions ». Cet article prévoit que les dispositions pénales de la loi de 1966, visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes et les gérants de sociétés en commandite par actions seront applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux...

§ 2. *La complicité*

Pourront être poursuivis comme complices les administrateurs ou fondateurs qui ne sont plus en fonction lors de l'émission, et qui, connaissant l'irrégularité dans la constitution, n'ont pas dénoncé les dirigeants en fonction, ou qui ont facilité l'accomplissement des irrégularités et encore les directeurs ou les démarcheurs qui ont pris part au lancement de l'affaire [122].

Est également réputé comme complice le banquier qui met son établissement à la disposition de la société procédant à l'émission des titres, ou le conseil juridique de la société s'il a sciemment favorisé l'émission [123].

§ 3. *La prescription*

Le délai de prescription du délit d'émission est de trois ans. Le délai court dès le jour où les irrégularités ont été découvertes.

§ 4. *Les pénalités*

La peine consiste en une amende de 2000 à 40 000 francs : si les actions ou coupures d'actions ont été émises sans que les actions de numéraire aient été libérées à la souscription d'un quart au moins ou sans que les actions d'apport aient été intégralement libérées avant l'immatriculation au Registre du commerce, un emprisonnement de trois mois à un an pourra, en outre, être prononcé. Les peines ci-dessus pourront être portées au double, lorsqu'il s'agira de société anonyme faisant appel public à l'épargne.

---

[122] Cass. 16 nov. 1888, D. 1889.5.436.

[123] Cass. 31 mai 1933, *Journ. soc.*, 1933, p. 529.

Chapitre II

Le délit de déclaration notariée mensongère

L'article 433-1 prévoit ce qui suit :

« Seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2000 F. à 40 000 F. ou de l'une de ces deux peines seulement :

» — Ceux qui, sciemment, dans la déclaration notariée constatant les souscriptions et les versements, auront affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou auront déclaré que des fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés, ou auront remis au notaire une liste des actionnaires mentionnant des souscriptions fictives ou le versement de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société. »

Chronologiquement, la déclaration notariée mensongère se place à un stade avancé dans la période de la constitution. Pour que ce délit soit constitué, il faut que certains actes positifs de la constitution aient été accomplis.

L'article 78 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit l'obligation de la déclaration notariée : sur présentation des bulletins de souscription et, le cas échéant, d'un certificat de dépositaire constatant le versement des fonds, le notaire affirme [124], dans l'acte qu'il dresse, que le montant des versements déclarés par les fondateurs est conforme à celui des sommes déposées dans son étude, ou figurées au certificat précité [125].

---

[124] Voir *supra*, pp. 59 ss.

[125] Le projet de loi sur la réforme des sociétés commerciales prévoyait le contrôle préalable à la constitution définitive de la société par une autorité judiciaire ou administrative. Lors des débats parlementaires, le contrôle judiciaire avait été abandonné en faveur de la présence obligatoire d'un notaire, devant lequel les fondateurs devaient faire une déclaration. Les adversaires du contrôle judiciaire soulignaient, outre la tradition française qui se veut libérale dans la constitution de la société, un alourdissement des formalités de la constitution ; puisque le Registre du commerce en France n'est pas tenu par le juge, il aurait fallu créer une institution spécialisée à cette fin.

Cette déclaration est très importante vu le crédit que le public accorde au caractère authentique de la déclaration reçue par le notaire. D'où la gravité psychologique d'un mensonge dans cette déclaration qui fait, en même temps, consolider les fraudes précédentes et suffirait à les faire couvrir aux yeux des actionnaires ayant déjà souscrit leurs actions et étant prêts à libérer le minimum prévu par la loi. [126]

C'est donc un délit qui se réfère dans sa constitution au caractère fictif ou incomplet des souscriptions ou des versements qui l'ont précédé [127].

Un point essentiel doit être souligné : la déclaration des fondateurs est dépourvue de tout contrôle. En réalité, à moins d'une irrégularité apparente, le notaire ne fait que constater ce que les fondateurs lui affirment ; et l'assemblée générale constitutive aussi ne fait que constater l'existence de cette déclaration notariée. C'est dire à quel point la loi s'est voulue libérale ; elle a mis les fondateurs en face de leur responsabilité en réprimant les abus de la liberté qu'elle leur a laissée.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966, la déclaration notariée mensongère était réprimée par l'article 15-1 de la loi du 24 juillet 1867. Ce délit est venu au monde juridique avec le décret-loi du 8 août 1935 qui modifia la loi précitée. Cette naissance fut heureuse, car elle répondait à un besoin réel : avant cette réforme, le fait de constituer irrégulièrement une société anonyme n'était pas, en soi, un délit.

En cas d'inexactitude volontaire, comme en cas de violation de n'importe quelle règle de la constitution, les gérants ou les fondateurs encouraient la nullité de la société et la responsabilité civile résultant de l'annulation [128]. Mais la déclaration inexacte ne tombait pas en elle-même sous le coup de la loi pénale [129]. Celle-ci n'intervenait que si, malgré cette déclaration inexacte, les actions étaient émises ou négociées ou si une irrégularité de la constitution avait permis aux dirigeants de la société de faire de frauduleux appels à l'épargne publique [130]. Il faut souligner au passage qu'avant la

---

[126] GAVALDA, in *Hamel, op. cit.*, p. 51.

[127] GAVALDA, in *Hamel, op.* et *loc. cit.*, et, dans le même sens, Ch. PINOTEAU, *op. cit.*, p. 69, n° 137.

[128] Le régime de la nullité a subi un profond changement par les articles 360 à 370 de la loi de 1966. D'après cette loi, la nullité ne peut plus être prononcée, outre les causes de la nullité du droit commun à savoir le défaut de consentement des associés, illicéité de l'objet, etc., que pour une cause expressément prévue par la loi. Donc, toutes les irrégularités commises lors de la constitution de la société, faute d'une disposition impérative de la loi, ne constituent plus comme sous l'empire de la loi de 1867, une cause de nullité de la société. Les inconvénients de la nullité étant très nombreux, le législateur, pour sauvegarder les droits des actionnaires et des tiers, a renforcé les mesures pénales au profit d'une diminution des causes de la nullité. Voir aussi, Nguyen Xuan CHANH, précité.

[129] CONSTANTIN et GAUTRAT, *op. cit.*, p. 250, n° 226.

[130] TOUFFAIT, ROBIN, AUDUREAU et LACOSTE, *op. cit.*, p. 91.

réforme du 8 août 1935 la déclaration mensongère pouvait être, en elle-même, dans certains cas, sanctionnée [131].

Les dispositions de l'article 15-1 de la loi du 24 juillet 1867 ont été reprises et complétées par l'article 433-1, modifiées par la loi du 6 janvier 1969. D'après cet article [132], le délit, pour sa constitution, exige la réunion de deux éléments, l'un matériel, l'autre intentionnel.

Section I

Elément matériel

Cet élément consiste :

A. Dans le fait de déclarer sincères et véritables les souscriptions fictives. Pour une constitution régulière, il faut que le capital social, prévu dans le projet des statuts, soit entièrement souscrit. La jurisprudence décide que cette souscription n'est susceptible d'aucune modalité, qu'elle doit être pure et simple [133] et ne doit être assortie d'aucune condition. Dans ce dernier cas, la condition est considérée comme nulle et non écrite, mais l'acte de souscription demeure valable [134]. Il arrive parfois dans la pratique que le capital ne soit pas entièrement souscrit ; pour ne pas aller au-devant d'un échec, certains fondateurs ont eu l'idée de recourir à des moyens frauduleux, qui ne sont autres que des souscriptions fictives, pour feindre une souscription intégrale. La loi réprime ce procédé en punissant tous ceux qui déclarent sincères et véritables des souscriptions qui ne le sont pas. Le souscripteur doit agir pour son compte en ayant l'*affectio societatis*. Ceux qui ne l'ont pas ne peuvent pas adhérer au pacte social [135].

B. Dans le fait de déclarer comme effectivement versés les fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société. Le deuxième alinéa de l'article 78 de la loi du 24 juillet 1966 impose l'obligation de libérer les actions souscrites. La libération d'un quart est exigée [136].

---

131 Paris, 19 janvier 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.1.142.

132 Voir *supra*, p. 69.

133 Voir *supra*, pp. 48 et ss., et Rouen, 21 juillet 1957, D. 1957.628.

134 Voir *supra*, p. 49, et Paris, 9 mars 1868, D.P., 1869.2.173.

135 Voir MERCADAL, in J.-cl. pénal, lois pénales annexes, fasc. B[1], « Infractions relatives à la législation des sociétés », notamment n[os] 11, 12, 13, 14, 15 et 16.

136 Crim., 4 mai 1933, D.H. 1933.366, où la Cour de cassation décide que la libération doit avoir lieu sur chaque titre et non globalement. Cet arrêt est cité par RIPERT, in *Traité élémentaire de droit commercial*, 6[e] éd., p. 568, n° 1087.

Toute mention ou toute affirmation tendant à faire croire que les fonds ont été effectivement versés par chaque souscripteur, alors qu'ils ne l'ont pas été, tombe sous le coup de l'article 433-1.

Dans un arrêt du 10 octobre 1963, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'il y a déclaration inexacte lorsque le souscripteur s'est fait restituer [137], dès le versement, les sommes afférentes à sa souscription et que, de ce fait, la société a été privée de ces sommes [138].

A été coupable de déclaration notariée mensongère le président-directeur général d'une société qui avait affirmé sincères et véritables des apports d'associés qu'il savait fictifs [139].

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, statuant sur le pourvoi formulé contre un arrêt de la Cour d'appel de Pau, du 20 avril 1966, a vu dans l'espèce suivante une déclaration notariée mensongère [140]. L'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme avait décidé de porter son capital-actions de 100 000 à 200 000 francs par la création de 1000 actions nouvelles de 100 francs chacune, à souscrire et à libérer intégralement en numéraire lors de la souscription, et elle avait chargé immédiatement le conseil d'administration de réaliser cette augmentation à une date qu'il jugerait la plus conforme à l'intérêt de la société, mais au maximum dans un délai de cinq ans. Un acte authentique du 22 novembre 1962 constata la souscription intégrale des 1000 actions par 34 souscripteurs et le versement par chacun d'eux d'une somme égale au montant des actions souscrites par lui. En réalité, la déclaration notariée était mensongère en ce sens que l'acte authentique n'était qu'une façade, car seules 142 actions nouvelles sur 1000 avaient été libérées et encore par la transformation de créances que certains souscripteurs avaient contre la société [141]. L'assemblée générale extraordinaire avait donné mission au conseil d'administration de procéder à cette augmentation, laquelle devait être réalisée intégralement et non seulement en partie.

Un annotateur anonyme, commentant cet arrêt, écrit notamment que « les souscripteurs en numéraire pouvaient légitimement croire que tous les souscripteurs feraient de même et tant les actionnaires lors de l'assemblée générale extraordinaire que ces souscripteurs ont été trompés. Par ailleurs,

---

137 Le retrait des fonds est également réglé par la loi. Ce retrait n'est en tout cas pas possible avant l'immatriculation de la société au Registre du commerce. Cependant, si la société n'a pas été définitivement constituée dans un délai de six mois à partir du dépôt du projet des statuts au greffe, tout souscripteur peut demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, sous déduction des frais de répartition.

138 Crim., 10 octobre 1963, D. 1964, somm., p. 62 ; *Bull. crim.*, p. 66.

139 Cass. crim., 16 mars 1970, *Rev. soc.*, 1970, p. 480, note Bouloc ; *Bull. crim.*, n° 107, p. 245 ; *J.C.P.*, 1971.1.16813.

140 Cass. comm., 10 février 1969, *Rev. soc.*, 1970, p. 113.

141 Voir *infra*, pp. 95 et 96.

il ne semble pas que des créanciers, même s'ils sont des actionnaires et font jouer leur droit préférentiel de souscription, aient pu imposer à la société de transformer leurs créances en actions à l'occasion de cette augmentation du capital, par voie de compensation, car les actionnaires doivent consentir à cette transformation et l'assemblée générale extraordinaire en l'espèce n'avait envisagé et autorisé qu'une augmentation contre espèces. Sans même qu'il soit utile d'insister sur le fait que certaines créances transformées en actions pouvaient prêter à discussion, on ne peut que constater qu'une fraude résultait à l'évidence de la déclaration de souscriptions et de versements, qui ne relatait que des versements en numéraire, alors qu'il n'en était pas ainsi pour 85 % du montant de l'augmentation de capital. »

Ces faits ont eu lieu sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867. On peut se demander si les mêmes faits pourraient donner lieu à la même décision d'après les dispositions de la loi nouvelle.

Quelques articles de la loi de 1966, et son décret d'application, nous permettent de répondre par l'affirmative. L'article 192 de ladite loi prescrit que « les souscriptions, les versements et les libérations d'actions par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société sont constatés par une déclaration notariée émanant, suivant le cas, soit du conseil d'administration ou de son mandataire, soit du directoire ou de son mandataire », de même l'article 166 du décret d'application du 23 mars 1967 prévoit que « si les actions nouvelles sont libérées par compensation avec des dettes de la société, celles-ci font l'objet d'un arrêté de compte établi par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, certifié exact par les commissaires aux comptes et joint à la déclaration de souscription et de versement prévue à l'article 192 de la loi sur les sociétés commerciales ».

Le législateur a donc voulu que les actionnaires délibèrent en connaissance de cause ; pour cette raison les questions portées à l'ordre du jour doivent être clairement libellées dans l'avis de convocation, prévu à l'article 123 du décret [142]. Il découle donc des articles 123 et 135 du décret qu'il doit

---

142 Art. 123. — L'avis de convocation indique la dénomination sociale, éventuellement suivie de son sigle, la forme de la société, le montant du capital social, l'adresse du siège social, les numéros d'immatriculation de la société au Registre du commerce et à l'Institut national de la statistique et des études économiques, le jour, heure et lieu de l'assemblée, ainsi que sa nature, extraordinaire, ordinaire ou spéciale, et son ordre du jour. Le cas échéant, il indique où doivent être déposées les actions au porteur ou le certificat de dépôt de ces actions visé à l'article 136, alinéa 1, pour ouvrir le droit de participer à l'assemblée, ainsi que la date avant laquelle ce dépôt doit être fait.

Sous réserve des questions diverses qui ne doivent présenter qu'une minime importance, les questions inscrites à l'ordre du jour sont libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement, sans qu'il y ait lieu de se reporter à d'autres documents.

Art. 135. — La société doit adresser aux actionnaires ou mettre à leur disposition, dans les conditions prévues aux articles 138 et 139, les renseignements suivants dans un ou plusieurs documents :

1. les nom, prénom usuel et domicile, soit des administrateurs et directeurs généraux, soit des membres du conseil de surveillance et du directoire, ainsi que, le cas échéant,

être clairement précisé aux actionnaires réunis en assemblée générale extraordinaire, en vue de décider une augmentation du capital social, si celle-ci se fera en espèces ou par transformation de créances en actions.

Par conséquent, vu ces dispositions, on pourrait dire que, avec la loi du 24 juillet 1966, la libération d'actions faite par compensation de créance, sans être auparavant exposée aux actionnaires, serait considérée comme une déclaration notariée mensongère.

C. Enfin, l'élément matériel du délit peut aussi consister dans le fait de remettre au notaire une liste des actionnaires mentionnant des souscriptions fictives ou le versement de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société.

Section II

Elément intentionnel

Le législateur précise dans l'article 433-1 que « ceux qui sciemment dans la . . . ». Cette adjonction démontre à quel point le caractère intentionnel de ce délit est souligné. Cette intention consiste dans la connaissance de l'auteur du délit, du caractère fictif de la souscription ou du versement. On

---

l'indication des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance ;

2. le texte des projets de résolution présentés par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas ;
3. le cas échéant, le texte et l'exposé des motifs des projets de résolution présentés par des actionnaires ;
4. le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, qui sera présenté à l'assemblée ainsi que, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance ;
5. lorsque l'ordre du jour comporte la nomination d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance :
   a) les nom, prénom usuel et âge des candidats, leurs références professionnelles et leurs activités professionnelles au cours des cinq dernières années, notamment les fonctions qu'ils exercent ou ont exercées dans d'autres sociétés ;
   b) les emplois ou fonctions occupés dans la société par les candidats et le nombre d'actions de la société dont ils sont titulaires ou porteurs ;
6. s'il s'agit de l'assemblée générale ordinaire prévue à l'article 157 de la loi sur les sociétés commerciales, le compte d'exploitation générale, le compte de pertes et profits, le bilan, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance, le rapport spécial des commissaires aux comptes prévu aux articles 103, alinéa 3, et 145, alinéa 3, de ladite loi et un tableau présenté conformément au modèle annexé au présent décret et faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices ou de chacun des exercices clos depuis la constitution de la société ;
7. s'il s'agit d'une assemblée générale extraordinaire, le rapport des commissaires aux comptes qui sera, le cas échéant, présenté à l'assemblée.

ne tient pas compte du but visé par l'auteur de l'infraction ; quel que soit le mobile, les sanctions pénales sont encourues dès que la fausseté de la déclaration est établie [143].

La Cour de cassation a reconnu [144] aux juges du fond le pouvoir d'apprécier de la bonne ou mauvaise foi de l'auteur du délit. Elle se prononce dans les termes suivants :

« Attendu qu'en ce que l'arrêt attaqué a déclaré le demandeur coupable de déclaration notariée mensongère, au motif qu'il aurait affirmé sincères et véritables les apports qu'il savait fictifs, . . . alors que le délit de déclaration mensongère étant un délit intentionnel, les juges du fait doivent constater les éléments constitutifs de la mauvaise foi du prévenu ; — Attendu que l'arrêt attaqué énonce qu'il est établi qu'A. . ., lorsqu'il a créé la « Société anonyme d'exploitation de la Fromagerie des Alpes » a affirmé sincères et véritables les apports qu'il savait fictifs de plusieurs associés ; qu'A . . ., a d'ailleurs reconnu les faits et sa mauvaise foi ; — Attendu que les juges du fond apprécient souverainement la bonne foi ou la mauvaise foi des prévenus sous la seule réserve que leur affirmation ne se trouve pas en contradiction avec leur constatation. »

Section III

Les modalités de la poursuite et de la répression

§ 1. *Les auteurs du délit*

L'article 433 prévoit que « seront punis . . . « ceux qui . . . ».

En pratique, il faut entendre par « ceux qui » les personnes auxquelles la loi impose l'accomplissement de la formalité et, éventuellement, leur mandataire.

Les personnes responsables varient selon qu'il s'agit d'une société anonyme faisant appel public à l'épargne ou ne faisant pas appel public à l'épargne :

---

143 Dans le même sens, CONSTANTIN, *op. cit.*, p. 537 ; TOUFFAIT, ROBIN, AUDUREAU et LACOSTE, *op. cit.*, p. 99, nº 94.

144 Cass. crim., 16 mars 1970, précité.

Dans la première catégorie, l'obligation de faire la déclaration notariée incombe, conformément à l'article 78, alinéa 1, aux fondateurs. Mais il ne faut pas oublier que la déclaration imposée aux fondateurs incombe, sinon à toute personne ayant, à un titre quelconque, la qualité de fondateur, du moins à ceux qui ont élaboré les statuts [145]. En effet, le fondateur qui fait la déclaration est sûrement une personne punissable, mais l'est tout autant celui qui la fait même s'il n'est pas le fondateur de la société. La formule de « ceux qui », utilisée par l'article 433-1 permet d'imputer le délit à n'importe qui.

Dans la deuxième catégorie, la personne responsable est l'un ou plusieurs des actionnaires, puisque, conformément à l'article 85 de la loi de 1966, les versements sont constatés par une déclaration d'un ou plusieurs de ces derniers dans un acte notarié. Dans tous les cas, si l'un des fondateurs ou actionnaires ne comparaît pas en personne devant le notaire, son mandataire doit être muni d'une procuration notariée [146].

§ 2. *La tentative*

La tentative n'est pas punissable. L'article 433-1 ne l'a pas incriminée.

§ 3. *La complicité*

La complicité est punissable dans les termes généraux des dispositions du Code pénal puisque, par principe, à défaut de disposition particulière, les principes généraux de droit commun s'appliquent. Donc, les complices sont punissables, conformément aux articles 59 et suivants du Code pénal, des mêmes peines que les auteurs de l'infraction principale et peuvent être aussi condamnés solidairement avec eux à la réparation du préjudice causé pour les agissements auxquels ils se sont associés.

§ 4. *La prescription*

Le délai de la prescription, selon l'article 8 du Code de procédure pénale est de trois années révolues. Elle commence à courir du jour de la déclaration notariée.

---

145 Civ. 30 octobre 1928, D.P. 1930.I.9, S. 1929.1.129.

146 *Ibid.*

§ 5. *Les pénalités*

L'article 433-1 prévoit une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 2000 à 40 000 francs ou l'une des deux peines seulement [147].

[147] Sous l'empire de la loi de 1867, les délits de l'article 15 étaient punissables des peines prévues pour le délit d'escroquerie. Il y avait donc deux sortes de sanctions :

a) une peine principale qui consistait en un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 3600 à 36 000 francs, cela sans aggravation de peine prévue à l'alinéa 2 de l'article 405 ;

b) des peines complémentaires facultatives à savoir : privation des droits civiques, civils pour une durée qui pouvait aller jusqu'à dix ans.

Les délits du droit des sociétés sont, depuis 1966, sortis du Code pénal et sont sanctionnés par des peines spécialement prévues, ce qui revient à dire que les délits anciennement prévus par l'article 15 de la loi de 1867 se sont « désolidarisés » du Code pénal. Par conséquent, les peines complémentaires ne sont plus applicables à ces infractions.

Chapitre III

Le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature

Ce délit est prévu par l'article 433-4 qui prévoit ce qui suit :

« Seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2000 F. à 40 000 F. ou de l'une de ces deux peines seulement :

» . . . . . .

» 4. Ceux qui, frauduleusement, auront fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. »

L'apport en société est défini comme « le transfert à une société de la propriété ou de la jouissance d'un bien ou d'un service contre la remise d'un certain nombre de ses titres sociaux » [148]. L'apport en société ressemble donc « à une vente qui se particularise par la nature de la contrepartie de la chose apportée » [149] : l'apporteur ne reçoit pas un prix, mais des titres. Suivant l'importance du capital social et le nombre des associés, l'arrivée d'un nouvel actionnaire pourrait être une source de mécontentement. En apportant, l'actionnaire reçoit un certain nombre de titres qui pourront diminuer l'influence des anciens actionnaires dans les décisions à prendre collectivement. La question se pose aussi lors de la fondation, face aux souscripteurs.

La loi se charge donc de veiller à ce que chaque arrivée de capital, surtout en nature, ne soit pas entachée de fraude. Par là, la loi non seulement protège l'actionnaire dans ses droits pécuniaires et non pécuniaires, mais aussi préserve le capital social qui est le gage des créanciers de la personne morale [150]. D'où l'importance de l'étude de ce délit qu'est la majoration frauduleuse d'apport en nature.

---

148 Paul Didier, *Droit commercial*, Paris, PUF, p. 335.

149 *Ibid.*

150 Dans le même sens, MM. Troche, Jeantin et Langé, « De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de société », D. 1975, chron., p. 8, et Blaise, *L'apport en société*, Sirey 1955, p. 248, n° 170. cité par MM. Troche, Jeantin et Langé, précité.

La procédure de l'apport en nature [151] est dominée par le souci de protéger les apporteurs en numéraire contre le risque d'une surévaluation de l'apport en nature.

« Le législateur a considéré, écrit Ripert, qu'il fallait défendre ceux qui apportent des fonds contre ceux qui apportent en nature. » [152]

A priori, il est tout à fait naturel et logique que l'apporteur fasse l'effort nécessaire pour tirer le maximum de profit de son apport ; on peut même dire que c'est un sentiment humain [153], mais ce qu'on retient contre lui, c'est qu'il fasse des manœuvres frauduleuses pour obtenir une surévaluation.

Le délit de la majoration frauduleuse d'apport en nature a été introduit dans la législation française par le décret-loi du 31 août 1937, qui ajouta un huitième alinéa à l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867. Avant cette modification, la majoration frauduleuse d'apport en nature ne pouvait être réprimée que du chef d'escroquerie. Encore fallait-il que les éléments constitutifs de ce délit se retrouvent dans la cause. Mais il devenait de plus en plus indispensable de sortir ce délit du Code pénal pour en faire un délit distinct. L'article 433-4 a repris à peu près les dispositions de l'article 15, alinéa 8, de la loi de 1867. Seule l'expression « frauduleusement » a remplacé celle de « à l'aide de manœuvres frauduleuses ».

Le délit, pour sa constitution, exige la réunion de trois éléments :

1. Il faut tout d'abord un apport en nature qui soit évalué à un chiffre supérieur à sa valeur réelle.
2. Il faut ensuite que cette surévaluation ait été obtenue frauduleusement.
3. Il faut enfin une intention frauduleuse.

Avant de commencer l'étude des éléments constitutifs du délit de majoration frauduleuse d'apport en nature, nous aimerions citer l'affaire des « frères Willot », qui a fait l'objet d'un jugement de la 11e Chambre du Tribunal correctionnel de Paris, d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, et enfin d'un arrêt de la Cour de cassation [154]. Nous étudions le délit à travers ce

---

151 Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, *op. cit.*, p. 571 ; Hémard, Terré et Mabillat, *op. cit.*, p. 629, nº 713.

152 Ripert, *op.* et *loc. cit.*

153 Jean-Marie Robert, ancien procureur général près la Cour de cassation, rappelle « qu'en économie libérale des affaires, celui qui apporte n'est pas un philantrope et qu'il a le droit (et même l'obligation s'il est l'administrateur de société) d'obtenir, sans fraude bien entendu, le prix maximum de son apport », in « Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature », D. 1974, chron., p. 97.

154 Trib. corr. Paris, 11e Ch., 16 mai 1974, D. 1975, 35.

Paris, 3 mai 1975, cité par Lacoste, in *J.C.P.* 1975, éd. CI, p. 477, « les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache-Willot ». Cass. crim., 12 avril 1976, *Bull. crim.*, nº 115, p. 282.

La décision de la 11e Chambre du Tribunal correctionnel de Paris est devenue définitive à l'égard des dirigeants sociaux, puisqu'ils n'ont pas fait appel. Mais les commissaires aux comptes et les commissaires aux apports, condamnés pour leur rôle dans la

jugement, le premier depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1966. Un exposé des faits nous aidera à comprendre le sens du jugement.

Affaire Willot, exposé des faits

Les quatre frères Willot dirigeaient, depuis la mort de leur père, une entreprise familiale de textile. La rapidité, la décision et la volonté avec lesquelles ils en avaient fait un groupe de sociétés d'environ 3000 personnes avaient stupéfié tous les observateurs. Pendant des années, maintes petites sociétés sur petites sociétés tombèrent dans la corbeille des frères Willot, sans que personne y voit malice. Leur tactique consistait à acheter des entreprises mal gérées par des personnes peu dynamiques. « Ce qui vous est reproché, disait Jean Delmas-Goyon, président de la 11e Chambre du Tribunal correctionnel de Paris, ce n'est pas votre ascension, ni le développement de vos activités, ni votre dynamisme en affaires, mais les procédés que vous avez utilisés pour prendre le contrôle des sociétés dans lesquelles vous êtes devenus majoritaires ainsi que l'utilisation à votre profit d'une certaine partie de ces sociétés. »

En fait, le groupe des frères Willot s'est agrandi en trois étapes : ils commencèrent leur activité en 1954. Ensuite, ils réussirent, en octobre 1966, à prendre le contrôle de la société Agache. C'était une grosse société (115 millions de chiffre d'affaires, premier fabricant français de lin). Ils firent absorber la société M. J. Willot par Agache pour fonder le groupe Agache-Willot SA. En 1968, ils prirent le contrôle de la société Dufour et de certaines autres. Ce n'est qu'après cette dernière prise de contrôle qu'on a assisté à la réorganisation du groupe. De cette restructuration sont nées deux sociétés :

1. Le Consortium Général Textile qui a reçu les éléments de production, matériel et stock de la société Agache-Willot et diverses sociétés dont ils avaient le contrôle.
2. La Société Foncière du Nord et de l'Est, qui s'est vu attribuer le patrimoine immobilier de ces sociétés.

Après avoir ainsi réorganisé leur groupe, les frères ont procédé à la prise de contrôle de diverses sociétés, notamment la Belle-Jardinière, Saint-Frères. Les faits délictueux leur furent surtout reprochés à l'occasion de la prise de contrôle de la Belle-Jardinière.

---

société Saint-Frères, avaient, au contraire, interjeté appel. La 9e Chambre de la Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt du 3 mai 1975, lequel a été frappé de pourvoi.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formulé contre l'arrêt de la Cour de Paris qui, pour infractions à la loi du 24 juillet 1966, avait condamné les commissaires aux comptes (l'un des commissaires étant décédé entre la décision de la Cour d'appel et la prise en considération de l'affaire par la Chambre criminelle, l'action publique étant donc éteinte à son égard) à six mois d'emprisonnement avec sursis et à 10 000 francs d'amende.

Les conditions de la prise de contrôle de la Belle-Jardinière et de Saint-Frères

Les pourparlers avaient commencé en mai 1968. Un acte sous seing privé était signé entre le président directeur général de la Belle-Jardinière et B. Willot selon lequel la société Agache-Willot prenait le contrôle de la Belle-Jardinière aux conditions suivantes :

Elle s'engageait à :

1. effectuer un apport en nature, rémunéré par des actions nouvelles de la Belle-Jardinière ;
2. souscrire en espèces à l'émission de 9746 actions nouvelles au prix de 940 francs l'action, ce qui correspondait à un versement de 9 161 240 francs ;
3. racheter 10 % des actions anciennes au prix de 940 francs ce qui correspondait à un versement de 14 081 200 francs.

Le prix de 940 francs l'action était assez séduisant pour les anciens actionnaires, dont les titres s'échangeaient avec difficulté et se négociaient au marché hors cote au prix moyen de 76 francs.

Une assemblée générale ordinaire nomma B. et J. P. Willot administrateurs et l'assemblée générale extraordinaire du 29 mai 1969 approuva les apports.

La souscription en espèces devait être libérée dans les trente jours suivant l'assemblée générale ; elle le fut le 4 juillet. Mais, avant cette date, le conseil d'administration du 25 juin, composé encore en majorité des anciens administrateurs, décida de mettre à la disposition de la société Agache-Willot une somme de 6 870 000 francs. Ces fonds, prélevés sur l'augmentation du capital en espèces de 9 161 240 francs versés le 4 juillet, et remis à Agache-Willot SA entre le 8 et 18 juillet, allaient permettre à cette dernière de payer en partie le rachat des 10 % d'actions anciennes. Aussi le montant de la souscription en espèces a partiellement servi à racheter les actions anciennes à l'insu des actionnaires et à l'insu des anciens administrateurs [155].

Le 29 octobre 1969, B... Willot était nommé vice-président directeur général de la Belle-Jardinière et, lors de l'assemblée générale du 28 mai 1970, A... et R... Willot et Cappren remplacèrent quatre administrateurs. Ainsi, le groupe Agache-Willot détenait la majorité absolue au conseil d'administration ; enfin, J. P. Willot remplaça le président démissionnaire.

Le procédé fut le même en ce qui concerne la société Saint-Frères : à la suite d'un accord passé, courant mars 1968, entre les frères Willot et le groupe Saint, la prise de contrôle de la société Saint-Frères s'est opérée,

---

[155] La prévention avait retenu le délit d'abus des biens sociaux et de crédit de la société à cause de ce prélèvement. Nous nous occuperons de ces problèmes dans la deuxième partie.

d'une part, par le biais d'une augmentation de capital, libérée en nature par la société Agache-Willot par apport de titres de participation de sociétés de son groupe et, d'autre part, grâce à l'acquisition par les frères Willot du paquet d'actions de la famille Saint, représentant 22 % du capital. Au terme de ces deux opérations, le groupe Willot disposait de la majorité absolue.

Après avoir ainsi brièvement exposé les faits, nous allons nous occuper de l'étude des éléments constitutifs du délit à travers ce jugement.

Section I

Evaluation d'un apport en nature à un chiffre supérieur à sa valeur réelle

L'évaluation d'un apport est un travail fort délicat et subtil, compte tenu des différents problèmes qui peuvent se poser lors de la détermination de la valeur réelle d'une chose. A moins d'une exagération manifeste, il est assez difficile de prétendre et de prouver qu'un apport n'a pas été évalué à sa juste valeur ou a été surévalué [156].

Deux questions se posent :

1. Quelle est la valeur réelle d'un apport ?
2. Comment et par quelle méthode la déterminera-t-on ?

Avant de répondre à ces deux questions, il est utile de rappeler la procédure de l'évaluation : lorsqu'il s'agit de la constitution d'une société faisant appel public à l'épargne, et conformément à l'article 64 du décret du 23 mars 1967, un ou plusieurs commissaires aux apports, choisis parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article 219 de la loi de 1966 [157]

---

[156] Dans le même sens, voir GAVALDA, « Les délits concernant les fausses déclarations et majoration frauduleuse d'apport », in *Hamel, op. cit.*, p. 57 ; TOUFFAIT, ROBIN, AUDUREAU et LACOSTE, *op. cit.*, p. 136, n° 134 ; LAUNAIS et ACCARIAS, *op. cit.*, p. 58 ; CONSTANTIN, *op. cit.*, p. 559.

[157] Voici le texte de l'article 219 :

« Nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes, s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet.

» Un règlement d'administration publique fixe l'organisation de la profession de commissaire aux comptes.

» Il détermine notamment :

» 1. le mode d'établissement et de révision de la liste ;

» 2. les conditions d'inscription sur la liste ;

» 3. le régime disciplinaire comportant la création de chambres régionales et nationale de discipline ;

» 4. les conditions dans lesquelles les commissaires aux comptes sont groupés dans des organismes professionnels. »

ou parmi les experts inscrits sur une liste établie par les cours et les tribunaux, sont désignés, à la requête des fondateurs, par le président du tribunal de commerce du ressort du lieu du siège social.

Sous leur responsabilité, les commissaires aux apports apprécient la valeur de la chose apportée. Pour cette appréciation, ils peuvent, s'ils le désirent, se faire assister par un ou plusieurs experts de leur choix. L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation de l'apport en nature, au vu du rapport des commissaires. La décision de l'assemblée doit aussi recevoir l'approbation de l'apporteur. Deux éventualités peuvent se présenter :

a) La valeur proposée par l'apporteur n'est pas retenue par le commissaire aux apports. Dans ce cas, il doit indiquer sa propre évaluation dans son rapport à l'assemblée générale constitutive. Ainsi, sa responsabilité pénale est dégagée. Mais le délit se consomme et il sera tenu pour responsable si, pour faire triompher son point de vue, il utilise des moyens frauduleux [158].

b) Le commissaire aux apports confirme la valeur proposée. Dans ce cas, si les autres éléments du délit sont réunis, le commissaire aux apports ne peut échapper à la sanction au cas où une surévaluation est constatée.

Il ne faut pas perdre de vue que la surévaluation a pour corollaire la réalisation d'autres délits, à savoir notamment la présentation d'un bilan inexact ou la distribution de dividendes fictifs. Seule une intervention du commissaire aux comptes peut empêcher la commission de ces délits en demandant qu'une prévision pour dépréciation soit portée au bilan. En cas de refus, les commissaires aux comptes devraient refuser de certifier le bilan et dénoncer le délit au ministère public.

Lorsque la société se constitue sans appel à l'épargne publique, les statuts doivent contenir l'évaluation des apports en nature. Le rapport des commissaires aux apports est établi et la signature des statuts vaut la ratification de cette évaluation.

Après ce bref rappel, nous nous occuperons de la notion de la valeur réelle.

---

[158] Dans l'affaire des frères Willot, la prévention reproche aux commissaires aux apports — et ils sont renvoyés devant le tribunal correctionnel — de n'avoir pas cherché « à déterminer la valeur réelle des titres apportés et, sous prétexte que l'ensemble des apports constituait un « tout indivisible », avantageux pour les actionnaires de la Belle-Jardinière et correctement rémunéré, les ont invités à se prononcer favorablement sur cette opération d'échange, dissimulant sous une rédaction habile la majoration tant des titres d'apport que ceux de la Belle-Jardinière ».

§ 1. *La valeur réelle dans la doctrine et la jurisprudence*

En l'absence de définition légale de cette notion [159], la doctrine s'est efforcée de donner la sienne. En général, deux conceptions s'affrontent :

1. Celle qui considère que les apports en nature doivent être estimés à une valeur aussi proche que possible de la valeur vénale ou marchande [160].
2. Celle qui, pour déterminer la valeur réelle, a recours à certains éléments subjectifs. Elle se fonde sur l'observation que les apports sont effectués à l'occasion d'une opération déterminée, spécifique, réalisée dans la perspective le plus souvent d'un rendement ou d'une rentabilité accrue, et qu'en conséquence les motivations de l'opération permettent légitimement de valoriser ces apports de façon sensible [161].

A notre avis, cette dernière conception n'est pas fausse. Elle nous paraît même juste en particulier lors d'une prise de contrôle d'une société par une autre, ou lors de l'apport des actions d'une société pour souscrire à l'augmentation du capital-actions d'une autre société. Dans ces cas, selon nous, on ne peut pas prétendre qu'il y a un marché au sens traditionnel du terme. Il s'agit d'un marché de nature un peu particulière, du fait que ce n'est pas la loi de l'offre et de la demande qui déterminera le prix de l'apport, parce qu'il n'y a qu'un seul acheteur et qu'un seul vendeur. La valeur vénale est bien un critère objectif, mais elle ne règle pas tous les problèmes. Bien sûr, il faut chercher la valeur réelle, mais cela est-il suffisant ? Non, lorsqu'une société se laisse contrôler par une autre, elle lui vend une partie de son capital-actions, mais, en revanche, elle retire certains avantages qui ne sont pas forcément monnayables.

---

159 Le seul texte qui donne une orientation sur la notion de la valeur réelle est l'article 6 du décret du 28 octobre 1965 (*J.C.P.* 1965.77706) qui dispose que les titres non cotés sont évalués à leur valeur probable de négociation. Selon Jacques Lacoste (« Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache-Willot », *J.C.P.* 1975, éd. CI, 11855), en exigeant l'évaluation de l'apport à sa valeur réelle, le législateur ne se réfère pas à une notion comptable, mais emploie une terminologie juridique, consacrée en matière d'escroquerie. Il demande simplement aux commissaires aux apports de protéger les actionnaires contre les fraudes ayant pour objet de les persuader d'attribuer à l'apport une valeur chimérique. La loi fait donc confiance au spécialiste de la révision comptable qu'est le commissaire aux apports et se borne à indiquer que le commissaire apprécie « sous sa responsabilité » la valeur de l'apport.

160 Gavalda, in *Hamel, op. cit.*, p. 57 : « L'appréciation délicate de la valeur de l'apport doit être faite en se plaçant au jour du transfert de propriété à la société. Et cette majoration frauduleuse doit être estimée objectivement, en considération de la valeur marchande de l'apport en nature. » Et, dans le même sens, Launais et Accarias, *op. cit.*, p. 59, et Constantin, *op. cit.*, p. 559.

161 Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op. cit.*, p. 281 : « Pour rechercher si l'apport a été majoré, on doit tenir compte de l'intérêt que l'objet apporté présente pour la société plutôt que de sa valeur vénale. » Et contra : Launais et Accarias, *op.* et *loc. cit.* : « On ne voit pas pourquoi la société devrait payer un apport d'un prix plus élevé parce qu'il provient d'un associé et non d'un vendeur étranger à la société. »

La société qui est dirigée par des hommes dynamiques, possédant le sens des affaires, l'expérience et le savoir-faire requis pour faire ce qu'il faut pour réussir dans le monde si incertain des affaires, offre de nombreux avantages à la société contrôlée. Donc, tenir compte des éléments subjectifs lors de la détermination de la valeur réelle n'est pas nécessairement un tort. Le Tribunal correctionnel de Paris, dans l'affaire des frères Willot, n'a pas rejeté la conception subjective. Dans l'un de ses multiples attendus, le tribunal dit :

« Si les dirigeants de la société apporteuse et de la société réceptrice ont débattu contradictoirement et librement de la valeur de ces apports et de leur rémunération, on ne saurait leur faire grief de les avoir valorisés en considération de l'intérêt économique né du rapprochement des deux entreprises, surtout s'agissant d'entreprises industrielles ; que toutefois cet intérêt économique doit être déterminé, ne serait-ce que pour éviter les abus pouvant résulter de la position dominante de l'un des partenaires, en fonction d'études et de critères aussi précis et objectifs que possible et non en fonction d'hypothétiques rendements futurs. »

§ 2. *La position de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation à propos de la valeur réelle* [162]

La Cour de Paris n'a pas admis qu'on puisse avoir recours à des critères subjectifs dans la détermination de la valeur réelle. Pour elle, les titres reçus en apport doivent, pour répondre à la double exigence de la valeur réelle de l'article 433-4 de la loi de 1966 et de la libération intégrale du capital, avoir une valeur actuelle et certaine. Pour la Cour de Paris, l'augmentation de la potentialité du groupe, qui a été le but même des apports, reste à l'état de perspective, mais n'est pas toujours certaine.

La Cour de cassation n'a pas donné raison, sur ce point, à la Cour d'appel. La haute cour dit « alors qu'aucun texte n'a défini ce qu'il faut entendre par « valeur réelle » au sens de l'article 433, alinéa 4, de la loi de 1966, . . ., aux termes de l'article 193 de la loi du 24 juillet 1966, les commissaires aux comptes apprécient, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature ».

Le jugement du Tribunal correctionnel de Paris apporte aussi des précisions sur la méthode à choisir pour déterminer la valeur réelle. La loi

---

[162] Comme nous l'avons précisé, les deux Cours d'appel et de cassation ont été saisies par les commissaires aux apports. Elles se sont donc prononcées sur la responsabilité des commissaires. Les arrêts de ces cours nous intéressent uniquement sur les précisions qu'ils apportent sur la notion de la valeur réelle.

du 24 juillet 1966 n'a imposé aucune méthode [163]. Elle a laissé aux commissaires aux apports une entière liberté tout en attirant leur attention sur leur responsabilité. La Cour de cassation a confirmé ce point de vue : « et, alors qu'il découle de ce qui précède, que les commissaires aux apports ne peuvent se voir imposer une méthode d'évaluation... ».

Les juges du Tribunal correctionnel de Paris, tout en confirmant la liberté du choix de la méthode d'évaluation, donnent certaines précisions : « Attendu qu'il n'y a pas de méthode imposée pour l'évaluation des actions d'apports... qu'elles (les actions d'apports) doivent seulement être le reflet de la valeur de l'entreprise ; que parmi les nombreux procédés utilisés pour l'évaluation des entreprises on ne saurait critiquer l'évaluation des entreprises industrielles en prenant pour base la valeur d'utilisation ou de la valeur d'usage des différents biens de production, déterminée par expertises, souvent supérieure à la valeur marchande de chacun des composants du fait de leur intégration dans un circuit d'exploitation, non plus la valeur de rendement de l'entreprise, basée sur ses résultats d'exploitation et compte tenu de la plus ou moins grande vitalité du secteur économique auquel elle appartient. »

Selon le jugement précité, il est indispensable que les commissaires aux apports apprécient la valeur des apports en nature en se référant à des critères purement objectifs, cela pour éviter tout risque sérieux d'évaluation arbitraire. Ils doivent aussi rapprocher la valeur avancée par l'apporteur de la valeur possible de négociation. Ils ne doivent surtout pas confirmer la valeur de l'apport, fondée sur une seule méthode d'évaluation, mais ils doivent rechercher des valeurs comparatives, en utilisant d'autres méthodes appropriées au cas d'espèce ; si les écarts sont trop importants, ils doivent en faire clairement état dans leur rapport, puisqu'ils ont essentiellement un rôle d'information et de protection des actionnaires.

---

163 Lorsque l'affaire des frères Willot était devant le Tribunal correctionnel de Paris, un député avait questionné le ministre de la Justice sur les raisons de l'absence de directives légales pour déterminer la valeur réelle. Le ministre avait répondu que c'est exprès que le législateur n'avait pas fixé de méthode d'évaluation en laissant ce soin aux professionnels dont il a cherché à renforcer la compétence et l'indépendance. Selon la loi, les commissaires effectuent les opérations dont ils sont chargés selon leur responsabilité. Ces opérations, d'après le ministre, sont très complexes et techniques et il paraît difficile de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation qui iraient à l'encontre du but de la protection des associés et des tiers. Voir *Rev. trim. dr. comm.*, 1974, nº 2, pp. 302 et 303.

Section II

La surévaluation doit être obtenue frauduleusement

Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, pour prouver que la surévaluation était obtenue frauduleusement, il fallait prouver l'existence des manœuvres frauduleuses.

La nouvelle loi élargit le champ d'application de l'article 433-4. Elle réprime l'obtention de la surévaluation par tous les moyens frauduleux. Il faut constater que la loi n'interdit pas de surévaluer un apport, mais ce qui est défendu, c'est l'emploi de fraudes pour faire adopter cette valeur par la société. L'article 433-4 ne donne aucune précision sur la nature des procédés frauduleux utilisés pour obtenir la majoration, laissant les tribunaux libres de toute appréciation. Certains auteurs estiment que l'apport sous forme de vente pour éviter la procédure de la vérification doit être considéré comme un procédé frauduleux [164]. De toute évidence, le mauvais choix des commissaires aux apports doit être aussi retenu comme un procédé frauduleux. La jurisprudence est très pauvre sur ce point.

Nous allons nous contenter du seul cas que nous connaissons (l'affaire des frères Willot) pour examiner ce que la 11e Chambre du Tribunal correctionnel de Paris a retenu comme procédé frauduleux.

Nous avons dit que, lors de l'augmentation du capital de la Belle-Jardinière, le groupe Agache-Willot avait fait un apport des actions du « Consortium Général Textile ». Le prix unitaire de chaque action avait été fixé à 148 francs. Le tribunal a estimé que ce prix avait été fixé unilatéralement par le groupe Agache-Willot et était largement surévalué, que le groupe prénommé en achetant 10 % des actions de la Belle-Jardinière à 940 francs l'action avait fait taire tout esprit critique et du coup avait fait admettre son point de vue. Le jugement fait surtout état de l'absence d'évaluation contradictoire de la valeur des actions.

La plupart des sociétés dont les actions ont été incluses dans le traité d'apport du 28 avril 1969 avaient déjà, en août 1968, fait apport de la totalité de leur actif industriel à la société Dufour dont les frères venaient de prendre le contrôle et qui allait devenir, du fait de la concentration de ses actifs industriels, le Consortium Général Textile.

Il en était de même des sociétés Coframaille, le Pigeon voyageur, Cosserat, Raclet, Risler, etc.

Etant donné que les frères Willot étaient largement majoritaires dans toutes les sociétés apporteuses, la valeur des actifs industriels apportés au futur Consortium n'a pas été contradictoirement débattue et, dans les diffé-

---

[164] Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op. cit.*, p. 282 ; Pinoteau, *op. cit.*, nº 148, p. 79.

rents traités d'apports, les éléments corporels d'exploitation apportés n'étaient pas détaillés et faisaient l'objet d'une estimation globale ; les éléments incorporels étaient évalués à des sommes considérables, de telle sorte que le premier bilan du Consortium au 31 décembre 1968 faisait apparaître à l'actif, sur une situation patrimoniale de 135 565 000 francs, la somme de 71 758 222 francs d'immobilisations incorporelles.

Pour apprécier la valeur de ces actifs industriels, un commissaire aux apports, en la personne de M. Castain, expert près de Cour d'appel de Douai, avait retenu, dans son rapport, la seule valeur résiduelle du matériel, telle qu'elle figurait au bilan des onze sociétés apporteuses au 31 décembre 1967, cela pour « rétablir l'équilibre entre le matériel plus ancien, amorti et ayant atteint une valeur arithmétiquement faible ». Le commissaire évalua la valeur patrimoniale du Consortium à 135 565 000 francs, somme composée de 63 807 000 francs d'éléments corporels à laquelle il ajouta plus de 71 millions comme éléments incorporels qui n'étaient justifiés par aucun document, ni aucun calcul permettant de chiffrer la valeur des marques, des brevets et des fonds de commerce.

En 1968, M. Castain, cette fois-ci en qualité d'ingénieur de textile, fut appelé à évaluer les apports lors de la prise de contrôle de la société Saint-Frères. Il évalua les éléments corporels du Consortium à 124 millions, soit près du double de la valeur qu'il leur avait attribuée quelque temps auparavant, mais cette fois il ne fit aucune référence aux éléments incorporels, alors que, d'après le tribunal, la valeur d'utilisation des biens corporels du Consortium n'avait pas subi un grand changement.

Cette anomalie dans l'évaluation des apports, ajoutée à l'absence d'évaluation contradictoire des actions du Consortium et à leur importance tant numérique qu'en valeur dans le traité d'apport, conduit le tribunal à rechercher si le prix de 148 F. 43 par action, lors de l'apport à la Belle-Jardinière, était surévalué. D'après le rapport des experts judiciaires, le tribunal admit que la valeur des actions apportées devait être fixée entre 80 et 90 francs. De la sorte, il était établi que, dans l'ensemble, le groupe Agache-Willot, qui avait apporté 329 000 actions à la Belle-Jardinière, avait profité d'une majoration globale de la valeur de ses apports d'au moins 15 millions.

Nous allons donner quelques exemples de sociétés dont les titres avaient été apportés au prix surévalué. Les actions de ces sociétés avaient fait l'objet d'une « inflation permanente de valeur » par des cessions internes au sein du groupe pour réaliser des plus-values anormales et justifier des majorations frauduleuses dans les traités d'apports.

Le Peigné SA

C'était une société belge, dont le capital était divisé en 56 000 actions. Elle céda à la société Europar (contrôlée par Agache-Willot) plus de 30 000 titres à des prix variant entre 49 et 58 francs. La société Europar céda les

mêmes titres à la société Agache-Willot à 54 francs et cette dernière apporta à la Belle-Jardinière 8970 titres au prix de 194 F. 39, alors que les titres de la société Peigné étaient cotés à la Bourse de Bruxelles à 29 F. 80 au plus haut.

Coframaille SA

Le capital social de cette société était divisé en 80 000 actions. Elle apporta également ses actifs industriels au Consortium en août 1968. 40 680 sur 80 000 actions de cette société étaient incluses dans l'acte d'apport à la Belle-Jardinière au prix de 152 F. 88 l'unité. La société Agache-Willot avait acquis en décembre 1967 la quasi-totalité de cette participation de la société Europar à 47 F. 50 l'action, à un prix inférieur à celui réglé par Europar en 1966. La situation difficile de la société Coframaille en 1966 et 1967 a pu justifier le prix de 47 F. 50 payé par Agache-Willot, le cours de la Bourse de Nancy étant passé au plus haut de 68 francs en 1966 à 34 francs en 1968. Mais rien ne justifiait une cession des actions à 152 francs à la Belle-Jardinière, environ trois fois leur valeur réelle.

Nous constatons à travers ces exemples que le procédé frauduleux retenu par le tribunal consistait dans les cessions par cascades de façon qu'à chaque étape on surévalue arbitrairement la valeur des titres pour les apporter à une autre société.

Section III

Elément intentionnel

Le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature est un délit intentionnel ; le législateur a même pris la précaution de le préciser en ajoutant le mot « sciemment » à l'article 433-4 de la loi de 1966.

Cet élément résulte de l'emploi de moyens frauduleux pour obtenir une majoration de l'apport. L'intention coupable se laisse donc déduire de la volonté de l'auteur du délit de faire approuver son point de vue par la société, en utilisant certains procédés sans lesquels il n'aurait pas pu obtenir la surévaluation de son apport. Les juges du fond doivent apprécier souverainement la preuve de l'intention coupable.

Dans l'affaire des frères Willot, les prévenus se défendaient d'avoir frauduleusement majoré les apports et prétendaient qu'il ne fallait retenir aucune présomption de culpabilité à leur égard, parce qu'il y avait une différence entre le prix d'achat de ces titres par le groupe et leur cession à la Belle-Jardinière. Ils prétendaient aussi qu'il ne fallait pas prendre comme critère les cours en bourse de certains titres pour en diminuer la valeur, parce qu'il s'agissait de titres de participation et non de titres de placement.

Le tribunal estima que les prévenus auraient pu, sans esprit de fraude, se fondant sur des facteurs purement économiques et répondant à une impulsion d'hommes d'affaires, surévaluer les apports. Ce n'était malheureusement pas le cas.

La preuve de l'intention coupable consistait, entre autres, dans ce qu'ils considéraient l'ensemble des actions des sociétés comme une « masse de manœuvre mobilisable » qu'il fallait utiliser suivant les circonstances et d'après les besoins. Evidemment, il n'est pas interdit à une société de réaliser des bénéfices, mais, dans le cas précis, les frères Willot avaient majoré les apports pour prendre le contrôle de la Belle-Jardinière. Les frères Willot ne pouvaient pas se sentir lésés par le fait qu'ils avaient fixé le prix des actions à 940 francs par action, puisque les différentes études économiques faites sur la Belle-Jardinière, avant même la prise de contrôle, plaçaient le prix des actions de cette société dans une fourchette variant entre 500 et 600 francs. Ils n'avaient pas cherché à faire baisser le prix des actions. Le tribunal vit même dans l'acceptation de ce prix une autre preuve de leur volonté d'obtenir de la Belle-Jardinière la surévaluation de leur apport : ils avaient d'abord racheté 10 % d'actions anciennes mais, comme nous l'avons dit, cette somme leur avait été restituée sous forme d'avance. D'ailleurs, le rachat de 10 % des actions anciennes était aussi une chance inespérée pour les actionnaires de la Belle-Jardinière dont une seule action leur était payée plus cher que les dix réunies qu'ils pouvaient difficilement négocier à 76 francs. Procédant de la sorte, le groupe Agache-Willot avait fait taire tout esprit critique chez les actionnaires et les administrateurs de la Belle-Jardinière qui, eux-mêmes intéressés à l'opération, parce que la société se trouvait dans une situation difficile, n'avaient pas pu s'opposer au désir des dirigeants du groupe Agache-Willot. Il est donc compréhensible que, dans ces conditions, la valeur des apports n'ait pas été sérieusement discutée.

Section IV

Les modalités de la poursuite et de la répression

§ 1. *Les auteurs du délit*

La loi n'a pas désigné personnellement les personnes responsables. Selon l'article 433-4, les auteurs du délit sont tous « ceux qui » ont utilisé des procédés reconnus frauduleux pour faire adopter, par l'assemblée générale constitutive, l'évaluation démesurée de l'apport. Ils s'agit des apporteurs en nature, des administrateurs, des directeurs, etc.

§ 2. *La complicité*

Seront poursuivis en tant que complices, conformément à l'article 59 du Code pénal, tous ceux qui ont prêté leur concours ou ont aidé ou assisté les auteurs principaux dans l'emploi de manœuvres frauduleuses, à condition que leur assistance ait eu pour but l'obtention de la surévaluation des biens apportés. Il s'agit surtout des commissaires aux apports.

§ 3. *La tentative*

Elle n'est pas punissable, la loi ne l'a pas incriminée.

§ 4. *La prescription*

Il s'agit d'un délit instantané, la prescription de l'action publique est de trois ans et le délai commence à courir à partir du jour de l'approbation de l'apport par l'assemblée générale constitutive.

§ 5. *Les pénalités*

Le délit est puni par des peines privatives de liberté et des amendes assez lourdes, à savoir une peine d'emprisonnement allant d'un an à cinq ans et une amende de 2000 à 40 000 francs ou de l'une des deux peines seulement.

CHAPITRE IV

Le délit de simulation et la publication de faits faux

Remarques préliminaires

Lors de la constitution de la société, le rassemblement des capitaux présente des difficultés énormes, certes moins que par le passé. On sait que, si le capital social n'est pas intégralement souscrit, la société ne peut pas se constituer. Pour ne pas courir le risque d'un échec, les fondateurs avaient imaginé certains moyens illégaux, lesquels n'étaient pas toujours susceptibles d'être sanctionnés par les dispositions du Code pénal. Ces moyens ont été incriminés spécialement pour la première fois par le décret-loi du 8 août 1935 qui modifia l'article 15, alinéas 2 et 3, de la loi de 1867. L'article 433 de la loi du 24 juillet 1966 a repris ces dispositions dans les termes suivants :

« Seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2000 F. à 40 000 F. ou de l'une de ces deux peines seulement :

» . . . . . .

» 2. ceux qui, sciemment, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par publication de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux, auront obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou de versements ;

» 3. ceux qui, sciemment, pour provoquer des souscriptions ou des versements, auront publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ;

. . . . . »

Par là, le législateur a voulu permettre aux juges de veiller à ce que la société en voie de formation ne fasse appel pour former son capital à l'épargne publique que dans des conditions d'honnêteté suffisantes [165].

---

165 Dans le même sens, TOUFFAIT, ROBIN, AUDUREAU et LACOSTE, *op. cit.*, n° 101, p. 105. J.-cl. pénal : MERCADAL : « Les infractions relatives à la législation des sociétés ; lois pénales annexes », fasc. B².

Comme on veut protéger les épargnants, les conditions dans lesquelles on réunit le capital social doivent être beaucoup plus étroites et les irrégularités y relatives doivent être sanctionnées sévèrement.

Le délit s'établit par la réunion de trois éléments :

1. Il faut d'abord l'emploi de moyens illicites : il s'agit de simulation des souscriptions et des versements, de publication de faits faux ou de noms imaginaires ou faux attachés à la société.
2. Les moyens illicites doivent être utilisés pour obtenir ou tenter d'obtenir des souscriptions ou des versements.
3. Les auteurs du délit doivent avoir agi sciemment.

Section I

Emploi de moyens illicites

Ces moyens, d'après l'article 433-2 et 3, sont au nombre de deux : a) la simulation et b) la publication de faits faux.

A) *La simulation*

La simulation peut aussi bien porter sur la souscription que sur le versement. Cette distinction est nécessaire et doit être faite, car les deux simulations peuvent exister séparément et indépendamment. Il arrive que la souscription soit réelle, alors que la libération est simulée et vice versa [166].

Qu'est-ce que la simulation ? D'après M. Pinoteau [167] elle est « le fait de créer des apparences en vue de persuader (sic) l'existence de faits contraires à la réalité ». De même, elle serait « un mensonge d'un caractère spécial qui tend à représenter comme sincères et véritables des souscriptions fictives, ou comme réels et définitivement acquis à la société des versements inexacts » [168].

Les souscripteurs éventuels seraient dupes d'une apparence, puisque la simulation fait croire que la société en voie de formation a trouvé des concours et des crédits qui, en fait, ne correspondent pas à la vérité. La simulation les incite à joindre leur souscription et leur versement à des souscriptions et des versements qui ne sont qu'apparents [169].

---

166 Dans le même sens, Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 106.

167 Pinoteau, *op. cit.*, n° 141, p. 72.

168 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 106, n° 103.

169 Trib. de Lyon, 19 août 1897, *Rev. soc.*, 1898, p. 127, le tribunal précise que la simulation ne doit pas nécessairement porter à la fois sur des souscriptions et des versements. Il suffit qu'il y ait, soit simulation de souscriptions, soit simulation de versement.

Il y a donc simulation de souscription chaque fois que tout ou partie des actions qui composent le capital sont attribuées à des souscripteurs imaginaires ou même à des souscripteurs qui existent réellement, mais qui n'ont pas adhéré effectivement à la société et qui ont simplement voulu jouer le rôle d'hommes de paille pour dissimuler l'identité des souscripteurs réels [170].

Les tribunaux ont déjà retenu les faits suivants comme constitutifs de simulation :

— Les passations d'écritures dans les livres de la société pour prétendre à une libération par compensation [171].

— Les déclarations verbales, qu'elles soient accompagnées ou non de documents fallacieux [172].

— La déclaration que la société est définitivement constituée avant le versement du premier quart en espèces pour provoquer de nouvelles souscriptions ou de nouveaux versements [173].

— La libération par l'administrateur des souscriptions par compensation, par inscription au crédit du compte des sommes dont la société était supposée débitrice.

La Cour de cassation a confirmé dans un arrêt du 5 janvier 1938 [174], un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 20 octobre 1936, laquelle avait prononcé une condamnation de la simulation de souscription et de versement : La société anonyme des Etablissements de G... avait procédé à une augmentation du capital en deux tranches. L'administrateur-délégué et une autre personne avaient souscrit toutes les actions de la première tranche et libéré leurs souscriptions par compensation, grâce à l'inscription au crédit de leur compte de sommes d'argent dont la société s'était reconnue débitrice envers eux pour redevance sur l'exploitation de brevets. La Cour d'appel avait vu dans cette opération un apport de valeur douteuse qui constituait un procédé destiné à éviter la vérification dudit apport et avait estimé qu'il y avait eu une simulation de souscription qui avait déterminé la souscription de la deuxième tranche.

Commentaire de cette décision :

A notre sens, la position prise par la Cour de cassation doit être entièrement approuvée. En effet, selon les dispositions de la loi du 24 juillet 1867, le versement nécessaire pour libérer les actions du premier quart devait être

---

170 Cette définition rejoint la thèse qui rejette la souscription par prête-nom, *supra*, p. 50.

171 Paris, 10 mars 1883, D.P. 1883.1.425.

172 Cass. crim. 16 mai 1924, *Rev. soc.*, 1924, p. 306.

173 Crim., 26 fév. 1904, *J. soc.*, 1904, p. 489.

174 Cass. crim., 5 janvier 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.2.193.

effectué en espèces. Cette loi n'avait pas apporté la solution à la controverse qui existait sur le point de savoir si la compensation légale pouvait remplacer le versement en numéraire des actions souscrites. Les tribunaux décidaient qu'il ne pouvait y avoir de compensation que si elle existait valablement et partant si les conditions exigées par la loi se rencontraient dans chaque cas [175].

A propos de la compensation des créances en actions, la loi de 1867 ne distinguait pas entre la constitution de la société et l'augmentation du capital.

Le décret-loi du 31 août 1937 [176], modifiant la loi de 1867, autorise la libération des actions par transformation de créance. Pourtant, elle n'était possible qu'en cas d'augmentation du capital. Le décret précisait « qu'en cas d'augmentation de capital, le gérant (ou l'administrateur) indique séparément, s'il y a lieu, la part de la souscription réalisée en numéraire et la part réalisée par voie de transformation de créance en actions ».

Donc, la souscription d'actions par voie de compensation de créance n'était autorisée que si la condition légale posée par le décret était remplie. Et il appartenait à l'administrateur de s'en assurer.

Or, dans le cas que nous avons cité, la Cour d'appel avait justement vu dans la souscription par compensation des dettes des deux administrateurs une manœuvre tendant à simuler la souscription de la première tranche pour déterminer celle de la deuxième tranche, les conditions légales n'étaient pas remplies.

A quel moment la souscription doit-elle avoir lieu ? Peu importe ce moment. La simulation peut intervenir avant la constitution définitive de la société ou même après, si elle a eu pour objet de déterminer des actionnaires au versement du deuxième, troisième ou quatrième quart, ou en cas d'augmentation de capital [177].

Enfin, la simulation peut porter aussi bien sur les actions de numéraire que sur des actions d'apports surtout lorsque les apports effectués par les souscripteurs sont pratiquement inexistants ou sans valeur [178].

B. *La publication de faits faux*

L'article 433-2 et 3 punit tous ceux qui recherchent des souscriptions ou des versements par la publication de faits faux.

---

[175] Voir Cass. crim., 26 février 1904, *Gaz. Pal.*, 1904.1.264.

[176] Voir *supra*, p. 59, note 105.

[177] Voir Launais et Accarias, *op. cit.*, p. 23.

[178] Pinoteau, *op. cit.*, n° 141, p. 72 ; Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 109.

Le mot « publication » doit être pris, comme le relève M. L. Constantin, dans le sens étymologique du terme, c'est-à-dire « porter une chose à la connaissance du public ». La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette opinion. Elle a décidé qu'il y a publication chaque fois que les faits sont portés à la connaissance du public [179] ; peu importe les moyens utilisés : avis inséré dans un journal, déclarations verbales lors d'une assemblée, à la radio ou à la télévision ; le fait de remettre un document à titre privé ne doit pas être constitutif du délit de publication, mais si cette remise provoque une souscription, l'acte doit être réprimé, à notre avis, par les dispositions de l'article 405 du Code pénal relatif à l'escroquerie [180].

La loi du 24 juillet 1966 a pris soin de réglementer la publication par voie de notice. Cette pratique venant du droit anglais, l'article 74, alinéa 2, en prévoit le principe et l'article 59 du décret du 23 mars 1967 détermine les conditions de la publication.

D'après l'article précité, les mentions qui doivent obligatoirement figurer dans la notice sont : la dénomination sociale de la société à constituer ; la forme de la société ; le montant du capital social à souscrire ; l'adresse prévue du siège social ; l'objet social ; la durée prévue de la société ; la date et le lieu du dépôt du projet de statuts ; le nombre des actions à souscrire contre numéraire et la somme immédiatement exigible ; la valeur nominale des actions à émettre ; la description sommaire des apports en nature, leur évaluation globale et leur mode de rémunération, avec indication du caractère provisoire de cette évaluation et de ce mode de rémunération ; les avantages particuliers dans le projet de statuts au profit de toute personne ; les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote, avec, le cas échéant, indication des dispositions relatives à l'attribution du droit de vote double ; les clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions ; les dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution de réserves et à la répartition du boni de liquidation ; le nom et la résidence du notaire ou la dénomination sociale et le siège de la banque qui recevra les fonds provenant de la souscription, le cas échéant, l'indication que les fonds seront déposés à la Caisse des dépôts et consignations ; le délai ouvert pour la souscription, avec l'indication de la possiblité de clôture anticipée, en cas de souscription intégrale avant l'expiration dudit délai ; les modalités de convocation de l'assemblée générale constitutive et le lieu de réunion.

Pour l'augmentation du capital aussi, certaines obligations sont mises à la charge des administrateurs en ce qui concerne la publication de la notice. Les articles 156, 159 et 160 du décret du 23 mars 1967, conformément

---

179 Voir Crim., 6 nov. 1947, *Bull. cass.*, 1947.218, cité par Constantin, *op. cit.*, p. 544. Aussi, Cour d'appel de Paris, 18 mars 1938 dans l'affaire des mines et carrières d'Escouloubre. Dans le même sens, la jurisprudence citée par M. Fougeres, J.-cl. sociétés, fasc. B, nº 127.

180 Voir *infra*, p. 100.

à l'article 189 de la loi du 24 juillet 1966, prévoient les mentions suivantes dans la notice qui doit être publiée au *Bulletin des annonces légales obligatoires*:

L'objet social indiqué sommairement ; la date d'expiration normale de la société ; les catégories d'actions émises et leurs caractéristiques ; les avantages particuliers stipulés par les statuts au profit de toute personne ; les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote. Les dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution des réserves, à la répartition du boni de liquidation ; le cas échéant, le montant des obligations convertibles en actions antérieurement émises, les délais d'exercice de l'option accordée aux porteurs ou l'indication que la conversion peut avoir lieu à tout moment, et les bases de conversion ; le montant non amorti des autres obligations antérieurement émises et les garanties dont elles sont assorties ; le montant, lors de l'émission, des emprunts obligataires garantis par la société ainsi que, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts. En outre, une copie du dernier bilan, certifiée conforme par le représentant légal de la société, doit être publiée en annexe à cette notice. Si le dernier bilan a déjà été publié au *Bulletin des annonces légales obligatoires*, la copie de ce bilan, conformément à l'article 160 du décret du 23 mars 1967, peut être remplacée par l'indication de la référence de la publication antérieure. Si aucun bilan n'a encore été établi, la notice doit en faire mention.

Si la société fait appel public à l'épargne, lorsqu'elle procède à l'émission des obligations, elle doit aussi faire publier une notice au *Bulletin des annonces légales obligatoires* conformément aux articles 189 de la loi du 24 juillet 1966 et 211 et 212 du décret du 23 mars 1967. Cette notice doit être publiée avant le début des opérations de souscriptions et préalablement à toute mesure de publicité et doit contenir les mentions suivantes :

La dénomination sociale, suivie, le cas échéant, de son sigle ; la forme de la société ; le montant du capital social ; l'adresse du siège social ; les numéros de l'immatriculation de la société au registre du commerce et à l'institut national de la statistique et des études économiques ; l'objet social, indiqué sommairement ; la date d'expiration normale de la société ; le cas échéant, le montant des obligations convertibles en actions émises par la société ; le montant non amorti des autres obligations antérieurement émises, ainsi que les garanties qui leur ont été conférées ; le montant, lors de l'émission, des emprunts garantis par la société et, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts ; le montant de l'émission ; la valeur nominale des obligations à émettre ; le taux et le mode de calcul des intérêts et autres produits ainsi que les modalités de paiement ; l'époque et les conditions de remboursement ainsi qu'éventuellement les conditions de rachat des obligations ; les garanties conférées, le cas échéant, aux obligations ; s'il s'agit des obligations convertibles en actions, le ou les délais d'exercice de l'option accordée au porteur pour convertir ses titres ainsi que les bases de cette con-

version ; s'il s'agit d'obligations échangeables contre des actions, les modalités et conditions fixées pour l'échange. En outre, doivent être annexés à la notice :

Une copie du dernier bilan approuvé par l'assemblée générale des actionnaires, certifiée conforme par le représentant légal de la société ; si ce bilan a été arrêté à une date antérieure de plus de dix mois à celle du début de l'émission, un état de la situation active et passive de la société datant de dix mois au plus et établi sous la responsabilité du conseil d'administration, du directoire ou des gérants, selon le cas ; des renseignements sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours et, le cas échéant, sur le précédent exercice, si l'assemblée générale ordinaire appelée a statuer sur les comptes n'a pas encore été réunie.

Donc, d'après la jurisprudence et l'article 433-2 et 3, la fausseté volontaire de ces indications constitue le délit de la publication de faits faux.

Quant à l'expression de « faits faux », il s'agit de toute évidence d'une notion extrêmement large. L'article 433-2 en donne deux exemples précis, à savoir la publication de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, et la publication des noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque, et une indication de portée générale, à savoir «tous les autres faits faux». La doctrine est unanime, sur le point qu'il faut accorder à cette expression une portée très large [181].

Cependant, il faut faire une réserve en ce sens que, lorsqu'on accorde une interprétation extensive à l'expression de « tous autres faits faux », il faut que ceux-ci aient été utilisés dans le seul et unique but de provoquer, d'attirer des souscriptions, et que si ces faits n'avaient pas eu lieu, les fondateurs ou les administrateurs n'auraient pas pu obtenir l'engagement des souscripteurs.

La loi va encore plus loin. Elle ne punit pas seulement le résultat effectif de la publication de faits faux ou de la simulation qui ont entraîné l'adhésion de nouvelles souscriptions ou de nouvelles entrées de fonds, mais aussi la tentative d'obtention de souscriptions ou de versements.

Les tribunaux ont retenu les faits suivants comme « tous autres faits faux » :

Ces faits faux peuvent consister dans un rapport d'expert [182], dans l'acquisition d'un brevet à exploiter [183], dans l'annonce de bénéfices inexistants [184], dans l'attribution d'une fausse valeur aux apports en nature [185],

---

181 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, nº 110, p. 110 ; Constantin, *op. cit.*, pp. 545 et 546.

182 Trib. corr. Seine, 5 mars 1928, *J. soc.*, 1929, p. 385.

183 Cass., 13 déc. 1935, *Rev. trim. soc.*, 1936, p. 345.

184 Trib. corr. Seine, 4 juin 1923, *J. soc.*, 1923, p. 509.

185 Paris, 10e Ch., 10 déc. 1902, *Rev. soc.*, 1903, p. 110.

dans la publication d'un bilan inexact [186], dans la publication de cotes fictives pour faire croire que les actions de la société font l'objet d'un marché régulier [187]. Evidemment, il ne faut tenir compte que des faits antérieurs à l'obtention de souscriptions ou de versements. Selon M. Constantin [188] : « un fait futur, même s'il est irréalisable, ne peut, à priori, être qualifié de faux ». Mais le même fait peut être constitutif du délit d'escroquerie, s'il est accompagné de manœuvres frauduleuses constitutives du délit.

Certes, la plupart de ces décisions sont assez anciennes et, à notre connaissance, les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur ce point sous l'empire de la loi du 24 juillet 1966.

Il existe entre les faits faux punis par l'article 433-2 et 3 de la loi du 24 juillet 1966 et les manœuvres frauduleuses en vue de se faire remettre une chose, réprimées par l'article 405 du Code pénal, une certaine analogie que M. Léon Constantin a relevée dans une étude comparative. Nous avons jugé utile de la rapporter brièvement ci-dessous [189].

— L'article 405 du Code pénal relatif à l'escroquerie a un champ d'application très vaste et permet d'atteindre les remises de fonds obtenues frauduleusement, par n'importe quel moyen, tandis que l'article 433-2 et 3 s'applique à ceux qui ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements. Cet article étant d'ordre pénal, l'interprétation stricte est de rigueur. Par conséquent, il faut réserver l'article 433-2 et 3 uniquement aux actes ayant pour but la constitution de sociétés.

— La différence entre ces deux articles se manifeste surtout dans la comparaison des agissements frauduleux constitutifs de l'infraction. La publication de faits faux est réprimée dès qu'elle a eu pour objet l'obtention de souscriptions ou de versements, sans pour autant qu'il soit nécessaire que la publication soit accompagnée de manœuvres. L'article 405 du Code pénal a un champ d'application plus vaste puisqu'il peut s'appliquer en dehors de toute publication et atteindre toutes les manœuvres destinées à faire remettre des fonds quelle qu'en soit la nature.

---

[186] Trib. corr. Seine, 4 juin 1923, *J. soc.*, 1923, p. 509.

[187] Rouen, 26 juillet 1912, D. 1916.2.113.

[188] Constantin, *op. cit.*, p. 548.

[189] Constantin, *op. cit.*, p. 549.

Section II

Obtention ou tentative d'obtention de souscriptions ou de versements

Il ressort assez clairement des dispositions de l'article 433-2 et 3 que l'utilisation de moyens illicites n'est punissable que si elle a eu pour but « l'obtention ou la tentative d'obtention » de souscriptions ou de versements.

Le but de ce texte, a-t-on dit, est « d'assurer la sincérité des opérations par lesquelles la société recherche son capital ou s'efforce de l'augmenter ».[190]

Logiquement, l'article 433-2 et 3 ne devrait s'appliquer que pendant la période constitutive de la société et aux actes antérieurs à la souscription et au versement. Comme l'annonce Tchernoff : « qui dit souscription dit engagement de contribuer à la constitution de la société pour une somme déterminée ; et qui dit versement dit décaissement d'une somme augmentant effectivement pour une fraction déterminée le capital social ». [191]

Mais les tribunaux ont interprété extensivement cet article et ont retenu le délit de simulation et de publication de faits faux contre les actes même postérieurs à la souscription ou au versement.

Il ressort de certains arrêts que le délit est consommé postérieurement à l'obtention de la souscription ou du versement, lorsque les moyens illicites n'ont pas eu pour but de provoquer la souscription ou le versement, mais — et c'est là où l'on constate l'extension de l'objet ou de l'élément matériel du délit — de les retenir.

En principe, chaque souscription comprend en elle une condition [192], c'est-à-dire que le souscripteur s'engage à verser une certaine somme à condition que la société se constitue régulièrement. Cet engagement est rétroactivement résolu si la société ne se constitue pas dans le délai légal et chaque souscripteur a le droit de reprendre sa mise. Mais imaginons l'hypothèse dans laquelle les fondateurs ont obtenu régulièrement un certain nombre de souscriptions, mais sont dans l'impossibilité de faire souscrire l'intégralité du capital initialement annoncé dans la notice ; les fondateurs recourent à des souscriptions fictives, par prête-nom, réunissent les capitaux nécessaires et font voter par l'assemblée générale constitutive la constitution définitive de la société. Dans ce cas, les souscriptions conditionnelles deviennent apparemment définitives. La jurisprudence a vu un délit de simulation dans ce procédé des fondateurs qui consiste à rendre « pur et simple » un engagement « conditionnel ». La Cour de Paris, dans un arrêt du 28 juillet 1887, a appliqué l'article 15, en motivant sa décision de la manière suivante :

---

190 Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op. cit.*, p. 276, et, dans le même sens, Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 118.

191 Tchernoff, cité par Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 119.

192 Voir *supra*, p. 48.

« Attendu que N. n'a pas seulement émis des actions de la Banque nouvelle sans que le capital de la société eût été souscrit et le premier quart versé ; qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, il a fait apparaître dans les écritures de la société, dans la déclaration faite au notaire, dans tous les documents soumis à l'assemblée générale constitutive des souscriptions qui n'existaient pas en réalité et des versements qui n'avaient pas été faits, que c'est par suite de ces simulations que l'assemblée générale a voté la constitution de la société, ce qui a eu pour conséquence de rendre fermes et définitives les souscriptions qui n'avaient eu, jusque-là, un caractère conditionnel et provisoire, de consacrer le droit de la société sur les sommes versées et de soumettre les souscripteurs à l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires. »[193]

Dans un arrêt du 25 octobre 1934, la Cour de cassation avait retenu le délit de simulation, postérieure à la souscription pour le motif que « la simulation avait amené les souscripteurs sérieux, ayant versé le premier quart, à maintenir leur engagement jusque-là conditionnel, pour le transformer en un engagement définitif » [194].

La jurisprudence a également retenu le délit de simulation et de publication de faits faux, lorsque les manœuvres de certains administrateurs ont eu pour but la libération de la deuxième, de la troisième et de la quatrième tranche, sur chaque action. A cet effet, un arrêt de la Cour de cassation est assez significatif. La Cour suprême avait cassé un arrêt de relaxe de la Cour d'appel de Pau [195]. Celle-ci avait déclaré que les actionnaires sont liés à la société, dès l'origine, par un contrat de souscription. Ils doivent de toutes les manières libérer le non-versé. Donc, la publication d'une libération irrégulière quant au fond, mais régulière en apparence, n'a aucun effet sur l'obligation des actionnaires de libérer le reste de leur dû.

La Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement. Elle estime que, même si les voies légales sont ouvertes à la société pour contraindre les souscripteurs à libérer le non-versé, les administrateurs ne sont pas autorisés à recourir à une publication interdite par la loi. La Cour précise que l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 s'applique « non seulement à ceux qui, par l'un des moyens énumérés à ce texte, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements au moment de la constitution de la société, mais aussi à ceux qui, postérieurement et par les mêmes moyens, ont obtenu ou tenté d'obtenir la remise des fonds destinés à compléter le capital social ».

---

193 D. 1888.2.129 et, dans le même sens, voir l'affaire de l'Union générale, Trib. corr. de Seine, 8e Ch., 13 déc. 1882, *Rev. soc.*, 1883, p. 105 ; l'affaire de la Banque de Lyon, et de la Loire, Cour de Lyon, 12 mars 1885, S. 1886.2.241.

194 Cass. crim., 25 octobre 1934, D.H. 1935.574.

195 Cour de Pau (Ch. corr.), 29 mars 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.1.892, note confirmatif.

Section III

Elément intentionnel

Le délit de simulation et de publication de faits faux est un de ceux que le législateur a pris soin de compléter par l'adjonction du mot « sciemment ». Cette précision nous conduit par un raisonnement « *a contrario* » à dire que les infractions à propos desquelles cette précision n'a pas été donnée demeurent exclues du domaine de l'intention délictuelle.

Le délit que nous venons d'étudier est un délit intentionnel, c'est-à-dire que sa formation requiert la volonté de son auteur de frauder la loi. On ne pourrait donc tenir compte du mobile de l'auteur et le juge du fond doit constater cette intention frauduleuse ; il ne peut, pour caractériser l'élément intentionnel, rechercher une autre intention que celle qui résulte de la violation volontaire des prescriptions de la loi.

La mauvaise foi existe chez son auteur dès l'instant où il a agi en connaissance de cause. Il est donc nécessaire que soit établie sa participation consciente aux faits frauduleux [196].

La mauvaise foi est souvent présumée chez certaines personnes en raison de leurs positions dans la société. La Cour de cassation a déclaré que l'intention délictueuse des prévenus peut résulter suffisamment de ce qu'ils ne « pouvaient pas ignorer la fausseté des faits publiés en raison des fonctions qu'ils remplissaient » [197].

Mais il arrive aussi que les cours et les tribunaux admettent la bonne foi des administrateurs.

Ont été notamment relaxés :

— l'administrateur qui n'a pas assisté à la réunion du conseil d'administration où l'emprunt a été décidé [197 bis].

— l'administrateur qui n'a assisté à aucune séance du conseil d'administration et qui a donné sa démission peu de jours après la constitution de la société [198].

— l'administrateur entré en fonction après la constitution de la société et à qui rien n'a révélé les irrégularités commises antérieurement [199].

---

196 Cass. crim., 26 mai 1916, *J. soc.*, 1917.170 cité in J.-cl. pénal, fasc. B², n° 39.

197 Cass. crim., 30 mai 1930, *ibid.*

197 bis Trib. corr. Belfort, 4 nov. 1932, cité in J.-cl. pénal, fasc. B², n° 39.

198 Paris, 19 janvier 1933 (affaire Holfra), précité.

199 Paris, 5 déc. 1887, D.P. 1889.2.185.

Section IV

Modalités de la poursuite et de la répression

§ 1. *Les auteurs du délit*

Le législateur utilise une fois encore la formule assez large de « ceux qui... ». Il entend atteindre tous ceux qui ont eu recours à la simulation ou à la publication de faits faux pour obtenir ou tenter d'obtenir des souscriptions ou des versements. Il s'agit donc des fondateurs, des administrateurs, membres du conseil de surveillance, etc., même les tiers étrangers à la société qui ont participé sciemment aux simulations et aux publications de faits faux. A titre d'exemple, nous pouvons citer le cas d'un banquier qui, ayant souscrit fictivement tout ou partie des actions d'une société en voie de constitution, se procure par la vente de ces titres les fonds nécessaires à leur libération [200].

§ 2. *La tentative*

La tentative est punissable ; l'article 433-2 et 3 l'incrimine expressément.

§ 3. *La complicité*

La complicité est punissable conformément aux articles 59 et 60 du Code pénal.

Peuvent être poursuivis comme complices, les personnes qui, sans participer aux actes constitutifs de la société, ont sciemment aidé les auteurs du délit. Ont été retenus comme complices :

— les souscripteurs fictifs, parce qu'ils savaient que leur intervention devait permettre aux dirigeants de la société de rechercher frauduleusement des souscriptions ou des versements [201].

— les démarcheurs qui ont sciemment contribué à la divulgation de faits faux [202].

— le commissaire aux comptes qui, en connaissance de cause, certifie la sincérité d'un bilan faux destiné à la publicité [203].

---

[200] Paris, 5 déc. 1887, cité par Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 129.

[201] Paris, 27 déc. 1883, D. 1885.2.222.

[202] Cass. crim., 16 nov. 1888, D. 1889.5.436.

[203] Cass. crim., 31 mars 1933, *J. soc.*, 1933, p. 529.

§ 4. *La prescription de l'action publique*

Le délai de la prescription de l'action publique est de trois ans et doit, logiquement, courir à partir du jour où le délit a été commis.

La doctrine admet que ce jour peut être variable pour chaque souscription ou pour chaque versement obtenu [204] ; le délit peut être commis autant de fois que des souscriptions ou des versements ont été obtenus par simulation ou par publication de faits faux, chacun de ces délits devant se prescrire séparément. Mais, en définitive, la majorité des auteurs admettent que la prescription doit courir du dernier acte de simulation ou de publication de faits faux [205].

La solution proposée par MM. Rousselet et Patin, reprise par MM. Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, nous paraît la plus juste :

Ces auteurs estiment que la prescription de l'action publique doit courir du jour où l'assemblée générale a ratifié les opérations de souscription et de versement. En effet, c'est à partir de cette assemblée générale que le délit se trouve consommé ; les souscriptions qui, jusqu'à cette date, n'avaient qu'un caractère temporaire et conditionnel, deviennent définitives [206]. Il est donc logique que la prescription parte à partir de la date de l'assemblée générale.

§ 5. *Les pénalités*

Le délit de simulation et de publication de faits faux est punissable d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2000 à 40 000 francs ou de l'une de ces peines seulement.

---

204 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 131.

205 *Ibid.* et Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 320.

206 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op.* et *loc. cit.*

DEUXIÈME PARTIE

LE DELIT RELATIF A LA GESTION DU CAPITAL SOCIAL

Le délit d'abus des biens et du crédit de la société

Généralités

Depuis un certain temps, le juriste moderne se trouve face à un problème qui ne cesse de prendre une ampleur démesurée : c'est celui des abus sous ses différents aspects.

A plusieurs reprises, nous avons signalé que le développement considérable des sociétés par actions a été facilité grâce à l'épargne [207], dont la protection va nous occuper dans les pages qui vont suivre.

L'étude du délit d'abus des biens et du crédit de la société et son application pratique nous démontrent l'ardent désir du législateur de protéger l'épargne. Elles présentent aussi la solution d'une question qui compte parmi les plus difficiles à résoudre. Celle-ci est une des faces du redoutable problème que les juristes modernes ont communément dénommé l'abus de droit, compliqué aussi par la notion de détournement de pouvoir.

La question se pose ainsi au point de vue législatif et social : les sociétés, comme toute invention humaine, peuvent être bonnes ou mauvaises suivant l'usage que l'homme en fait. Il n'y a nul doute que grâce à la société anonyme, permettant la concentration de capitaux, les économies nationales et même l'économie mondiale ont connu un développement et des transformations bouleversantes que l'on n'imaginait pas il y a seulement un siècle. Mais en revanche, quand l'activité de la société est détournée de son but, la personne morale, ce « merveilleux instrument du capitalisme moderne », devient un outil dangereux, cause de troubles.

Le pouvoir fort étendu et de plus en plus illimité des dirigeants sociaux et la liberté qui leur est laissée pour diriger la société à leur convenance ont donné lieu à de nombreux abus. Il s'agit donc de réprimer ces abus sans toutefois limiter les pouvoirs des dirigeants sociaux en les entravant dans leurs actes quotidiens de gestion.

---

[207] Voir *supra*, p. 24.

La solution trouvée est un compromis ; d'une part, les mandataires sociaux sont laissés entièrement libres de leurs actes. Mais, d'autre part, cette liberté est assortie de sanctions pénales dans le cas de non-respect des règles et principes du droit des sociétés.

La société anonyme est dirigée par les représentants des actionnaires que sont les administrateurs. Cette forme de société « parce qu'elle est la forme complètement dépersonnalisée de la société, s'identifie, en fait, souvent avec ses administrateurs, seules personnes qui apparaissent dans les rapports de la société avec les tiers. Il est par suite à craindre que les mandataires sociaux soient eux-mêmes pris au piège et n'en viennent à considérer la société comme leur propre chose et à utiliser les pouvoirs qui leur sont confiés à des fins purement personnelles. » [208]

Le délit d'abus des biens et du crédit de la société a toujours occupé, étant donné son importance, une place de choix au sein des incriminations en matière de sociétés commerciales. C'est le délit qui a donné lieu aux interventions les plus fréquentes des cours et des tribunaux.

Le délit prénommé apparaît comme le dérivé de l'abus de confiance [209] et sa particularité se manifeste en ce sens qu'il met aux prises les dirigeants de la société face à celle-ci. Et M. Verdier souligne à juste titre qu'il s'agit d'une « déloyauté vis-à-vis de la société dans l'accomplissement de la mission d'administrateur ... » [210].

C'est un délit ayant une portée interne et les intérêts des tiers ne sont qu'indirectement pris en considération.

Ce délit est venu au monde juridique avec le décret-loi du 8 août 1935, qui modifia l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 [211]. Cela pour dire que

---

208 VERDIER, in Hamel, *op. cit.*, p. 181.

209 VERDIER, *op. cit.*, p. 182.

210 VERDIER, *op* et *loc. cit.*

211 L'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 disposait :

« Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie, ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication faite de mauvaise foi de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ;

Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont de mauvaise foi publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque. »

Voici le texte du décret-loi :

Article premier — L'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie :

1. Ceux qui, dans la déclaration notariée visée à l'article premier de la présente loi, ont affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou ont déclaré de mauvaise foi que des fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés ;

pendant près de cinquante ans, les agissements frauduleux des administrateurs n'étaient réprimés par aucun texte spécial. Il ne faut pas croire que jusqu'en 1935, date à laquelle ce délit fut prévu expressément par la loi, la protection des biens sociaux n'était pas assurée. A défaut d'un texte sanctionnant les abus commis par les gérants et les administrateurs, la jurisprudence s'était évertuée à mettre en place un système de défense pour protéger le patrimoine social. Aussi, peut-on sans crainte affirmer que le législateur de 1935 n'a fait que consacrer l'œuvre commencée par les tribunaux, œuvre qui a servi de « matière première » aux rédacteurs du décret-loi du 8 août 1935 pour établir les nouvelles infractions contenues dans les articles 6 et 7 de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867.

La création de ces nouvelles infractions a « marqué une étape importante dans la répression des actes malhonnêtes dont se rendent souvent coupables les administrateurs de sociétés sans outrepasser les limites de leurs pouvoirs qu'ils utilisent à des fins personnelles contraires à l'intérêt social. Elles étaient d'autant plus nécessaires que les détournements et les abus de pouvoirs étaient rendus plus faciles et prenaient des formes plus subtiles grâce au développement constant des participations et des imbrications des sociétés qui rendent plus aisés les mouvements des fonds sociaux. » [212]

Bien que la jurisprudence ait trouvé un système défensif, la nouvelle incrimination a facilité dans une large mesure la tâche des cours et des tribunaux. En effet, le principe de l'interprétation stricte des lois pénales a des limites que les juges ne pouvaient en aucun cas dépasser. C'est pour cette raison que probablement plusieurs affaires ont dû se solder par des non-lieux.

---

2. Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publications faites de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ;

3. Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ;

4. Les gérants qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition des dividendes fictifs ;

5. Les gérants qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, ont sciemment publié ou présenté aux actionnaires un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société ;

6. Les gérants qui, de mauvaise foi, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ;

7. Les gérants qui, de mauvaise foi, ont fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés d'une manière quelconque.

Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par les gérants, sauf si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélés dans leur rapport à l'assemblée générale. »

212 VERDIER, *op. cit.*, p. 182.

Pour réprimer les actes frauduleux des gérants et des administrateurs, les tribunaux se sont servis du texte de l'article 408 du Code pénal relatif à l'abus de confiance. Etant donné que le contrat de société ne figurait pas parmi les contrats énumérés par cet article [213] et que le contrat de mandat s'y trouvait, le principe a été dégagé par la jurisprudence que les administrateurs sont des mandataires des actionnaires et que, de ce fait, ils peuvent se voir appliquer les peines prévues par l'article 408 du Code pénal au cas où ils détourneraient les biens sociaux.

Pour traiter le délit d'abus des biens et du crédit de la société, nous nous proposons de voir, sous chapitre premier, la jurisprudence relative à l'abus de confiance au sein de la société anonyme ; cela nous amènera à étudier le mandat général d'administrer — s'entend de l'administrateur — et ses conséquences, les différentes formes de détournement. Ensuite, sous chapitre II, nous verrons le délit d'abus des biens sociaux dans ses éléments constitutifs et la jurisprudence y relative depuis la création du délit.

---

[213] L'article 408, alinéa 1, du Code pénal dispose ce qui suit :

« Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui aurait été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406. »

CHAPITRE PREMIER

L'abus de confiance commis par les administrateurs des sociétés par actions

Section I

Le mandat général d'administrer

Depuis assez longtemps, il est de principe constant que le contrat de société n'exclut pas l'existence d'un mandat. Mais ce n'est pas sans peine que la Cour de cassation a admis ce principe. Autrefois, l'occasion s'en est présentée, la Cour a d'abord manifesté une farouche opposition à la reconnaissance de l'existence du contrat de mandat entre les administrateurs et les associés parce que l'article 408 du Code pénal ne prévoyait pas le contrat de société parmi les contrats énumérés à cet article.

Par une première appréciation, la Cour de cassation dans un arrêt du 15 janvier 1842, en cassant un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er décembre 1841, énonça que « ... l'associé gérant d'une société en commandite [214] ne peut être considéré légalement comme un mandataire ; qu'en effet, les pouvoirs établis par acte de la société font partie des conventions réciproques sous la foi desquelles l'association s'est formée ; qu'ils ne peuvent être révoqués que pour cause légitime ; qu'ils ne sont pas exercés au nom d'un mandat et dans un intérêt étranger à celui qui les exerce ; que, sous tous ces rapports, ils diffèrent essentiellement des pouvoirs qui résultent d'un contrat de mandat ; — que, dès lors si ce gérant détourne les fonds appartenant à la société, pour les appliquer à ses besoins personnels, cet abus de ses fonctions ne rentre pas dans les termes de l'article 408, puisque ce n'est pas à titre de mandat que ces fonds lui ont été remis ». [215]

---

[214] D'après l'article 45 de la loi du 24 juillet 1867, les dispositions de la loi sur les sociétés en commandite par actions étaient applicables par analogie aux sociétés anonymes.

[215] Cass. crim., 15 janvier 1842, S. 1842.1.362, *Bul. crim.*, N° 11.

Le point de départ de l'idée de mandat entre les administrateurs et les associés se trouve énoncé dans un arrêt de la Cour d'appel de Rouen, saisie comme juridiction de renvoi, de l'affaire dans laquelle était intervenu l'arrêt du 15 janvier 1842 de la Cour de cassation.

La Cour de Rouen [216], comme la Cour de Paris, admit l'application de l'article 408 du Code pénal dans les termes suivants :

« Attendu que la question qui se présente est celle de savoir si l'abus que fait de ses fonctions le gérant d'une société en commandite, en détournant les fonds appartenant à la société, pour les appliquer à ses besoins personnels, entre dans les termes de l'article 408 du Code pénal.

» Attendu que, pour la solution de cette question, il importe de rechercher ce qu'est le gérant d'une société en commandite par rapport aux commanditaires ; que les commanditaires ne sont pas de simples bailleurs de fonds, mais de véritables associés, stipulant avec le gérant, à qui ils donnent leur confiance, pour l'administration exclusive de la société ; qu'ils sont à son respect, et dans toute l'acception du mot des mandants, ayant droit par suite d'en exiger des comptes de gestion.

» Attendu qu'il n'y a nul argument à tirer de ce que l'associé gérant d'une société en commandite ne peut être révoqué arbitrairement, mais seulement pour cause légitime ... Mais, attendu que le droit de révoquer le mandat ne tient pas à l'essence du contrat de mandat ; que l'on en doit dire autant de la circonstance que les pouvoirs du gérant ne sont pas exercés dans un intérêt qui lui soit étranger ; qu'en effet le contrat de mandat peut être modifié par des stipulations spéciales que la loi ne prohibe pas, sans qu'il soit altéré dans son essence. Attendu qu'il n'est pas exact de dire que les pouvoirs du gérant ne sont pas exercés au nom d'un mandant. »

Alexandre Dericke, qui a fait une large place à cet arrêt dans sa thèse [217], rapporte que la Cour de Rouen a ajouté que : « s'il est vrai que, vis-à-vis des tiers, le gérant soit la personnification de la société ; et qu'il puisse, sans le secours des commanditaires et même malgré eux, engager tout l'actif de l'être moral, il n'en est pas moins vrai qu'il demeure responsable de sa gestion envers les coassociés ; — Attendu que, de tout ce qui précède, il il résulte que le gérant est le mandataire des commanditaires ; qu'il a reçu d'eux la mission d'administrer dans l'intérêt commun des associés ; — Que s'il n'a pas été fidèle à ses engagements ; que si, déchirant son mandat, il détourne les fonds appartenant à la société, pour se les approprier, il commet l'abus de confiance ... ».

Il n'a pas fallu longtemps pour que la Cour de cassation revoie sa position. Saisie d'un pourvoi formulé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 avril 1845, la Cour de cassation se prononça en faveur de l'appli-

---

[216] Rouen, 18 mars 1842, S. 1842.2.291.

[217] Dericke, *Le mandat dans l'abus de confiance*, thèse, Paris 1935, p. 69.

cation de l'article 408 du Code pénal aux administrateurs des sociétés par actions. Autrement dit, la Cour admit que le contrat de société n'exclut pas la stipulation de contrat de mandat. Elle admit que l'associé gérant d'une société en commandite est un mandataire à l'égard de ses coassociés bailleurs de fonds. La Cour de cassation a ainsi motivé sa décision :

« Attendu, en droit, que le contrat de société n'exclut pas la stipulation d'un mandat ; — Que le même acte, qui établit une société et détermine les droits des associés, peut aussi contenir les pouvoirs conférés à l'un des contractants pour la gestion et l'administration de la chose mise en société et pour la direction des intérêts communs ; — Que, spécialement dans la société en commandite, les associés responsables et solidaires sont investis par leurs cointéressés du pouvoir de gérer, administrer et signer pour la société ; — Que ceux des associés auxquels ce pouvoir est attribué doivent être désignés dans l'extrait de l'acte de société, ... ; qu'ils sont constitués par là mandataires de leurs cointéressés, et que les valeurs appartenant à la société leur sont remises à titre de mandat ;

» Attendu que si le mandat, ainsi contracté, est modifié, sous divers rapports, à raison de son concours avec le contrat de société, notamment s'il ne peut être révoqué sans cause légitime, il n'entraîne pas moins comme l'une de ses conséquences l'obligation pour le mandataire de se renfermer dans les limites de son mandat, d'en rendre compte, et d'être passible, en cas de fraude, des poursuites autorisées et des peines prononcées par la loi contre le mandataire infidèle. » [218]

Depuis lors, la Cour de cassation n'a jamais modifié sa position et tous les arrêts et les jugements rendus postérieurement à l'arrêt du 8 août 1845 en témoignent.

Dans l'affaire de la Société industrielle et agricole périgourdine, appelée simplement S.I.A.P., le Tribunal correctionnel de la Seine dans un jugement du 4 décembre 1925 [219] a déclaré applicable l'article 408 à un associé qui avait le pouvoir de gérer et administrer la chose commune, mais qui l'avait employée dans un intérêt personnel.

Le Tribunal correctionnel de la Seine, lors d'un autre jugement [220], déclara que « la liberté d'action laissée à l'administrateur-délégué d'une société anonyme est limitée à l'objet social et qu'il n'a jamais le droit d'employer les fonds autrement que dans l'intérêt même de la société qu'il administre ; par suite, commet le délit d'abus de confiance l'administrateur-délégué d'une société anonyme qui, sans y être autorisé et même à l'insu du

---

218 Cass. crim., 8 août 1945 D.P. 1845.1.365. Dans un autre arrêt du 13 juin 1845, elle déclara également coupable d'abus de mandat, le directeur de la société anonyme qui avait détourné les fonds qu'il détenait en cette qualité. D.P. 1845.1.371.

219 Trib. corr. Seine, 4 décembre 1925, *Rev. soc.*, 1926, p. 191.

220 Trib. corr. Seine, 22 janvier 1925, *Gaz. Pal.*, T.Q. 1925-30. Voir abus de confiance, *Rev. soc.*, 1926, 343.

conseil d'administration, prélève dans la caisse de la société différentes sommes qui sont, ou dissipées par lui pour son usage personnel ou remises, à titre de prêts et d'avances, à des tiers intéressés dans ses autres affaires personnelles, mais étrangers à la société ».

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, jugeant le pourvoi formulé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juillet 1925, énonça dans un arrêt du 30 octobre 1925 [221] : « Attendu que le contrat de société et, à plus forte raison, une simple association en participation, n'exclut pas la stipulation d'un mandat ; qu'il importe peu à l'existence du délit d'abus de confiance que ce mandat porte sur des objets appartenant en propre à l'associé victime du détournement ou sur des objets indivis entre le mandataire et lui ; ... »

Nous allons citer un arrêt de la Cour de cassation, rendu dans l'affaire de la Société commerciale de l'Ouest africain (S.C.O.A.), cet arrêt est le dernier, à notre connaissance, rendu par la haute juridiction, conformément à sa fidèle conception, d'après laquelle le contrat de société n'est pas exclusif d'un mandat entre les administrateurs et la société. Il est logique que ce soit le dernier arrêt car, à partir de 8 août 1935, les tribunaux et les cours n'ont plus eu besoin de retenir que l'administrateur est le mandataire des associés. Il suffit que les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux soient réunis, pour que le juge applique les peines de l'abus de confiance. D'ailleurs, si ces faits s'étaient déroulés postérieurement à la promulgation du décret-loi, l'inculpation d'abus de biens sociaux aurait pu se substituer à celle de l'abus de confiance.

L'affaire de la S.C.O.A.

Exposé des faits

La société commerciale de l'Ouest africain avait été constituée en 1907, au capital de 3 millions de francs. Elle avait pour objet le commerce des denrées coloniales et la création de comptoirs aux colonies.

La société connut une extension très rapide et ce développement se traduisit par des augmentations successives du capital qui passa de 3 à 50 millions.

Avec le concours de la Banque Française de l'Afrique (B.F.A.), un premier syndicat de garantie et de placement fut constitué et réussit l'opération. Atteignirent le même résultat les syndicats semblables que la banque forma plus tard pour parvenir à diffuser dans le public, lors des augmentations du capital, les titres de la société qui portèrent son capital à 157 500 000 francs.

---

[221] Cass. crim., 30 octobre 1925, *Gaz. Pal.*, 1925, II, 694.

A côté de ces syndicats de garantie se constituèrent d'autres syndicats, dont le caractère était différent et dont les opérations donnèrent lieu à l'intervention de la justice.

Les dirigeants de la société avaient pris la décision de constituer, sous forme d'association en participation, un groupement qui se qualifia de « syndicat de soutien » et qui se proposait pour objet l'achat et la réalisation éventuelle d'actions de la société. Ce syndicat était domicilié à la banque B.F.A., où les dirigeants de la société avaient de forts intérêts.

Les dirigeants ne firent aucun apport, mais il était convenu entre eux et la banque que celle-ci ferait des avances par le débit d'un compte ; ce compte serait crédité au fur et à mesure des réalisations, et nivelé à la dissolution du groupement.

Ce syndicat avait une durée bien déterminée. A son échéance, encouragés par son bon résultat, les dirigeants décidèrent d'en former un deuxième et c'est là où l'affaire tourna en catastrophe, ce qui exigea l'intervention de la justice.

Comme pour le premier groupement, les dirigeants ne firent aucun apport. La banque finançait les opérations en portant au débit du syndicat les acquisitions auxquelles elle procédait.

Le groupement avait certes un terme, mais bien avant qu'il n'y arrive, une nouvelle association dérivée se forma et se proposa comme but d'introduire les nouvelles actions de la société sur le marché à terme. L'opération de cotation à terme ne réussit pas ; de même, la cotation à terme effectuée sur le marché étranger ne donna pas les résultats escomptés. Le nouveau syndicat conserva les 4954 titres invendus, outre les 4586 titres que lui avait apportés le syndicat dont il dérivait.

L'administrateur-délégué de la S.C.O.A. ne put « avaler » cet échec de la cotation à terme. Celle-ci exigeait un nombre minimum de 20 000 titres alors que le syndicat n'en possédait que 10 000 à peine. Pour y parvenir, l'administrateur-délégué acquit encore 9030 titres. Mais ses activités dépassaient largement les limites du pacte syndical, car une limite de 8000 titres était fixée au départ. Bref, le syndicat se trouva dans une situation embarrassante.

D'un autre côté, la situation de la banque (B.F.A.) commençait à se détériorer et son crédit fut menacé.

Ce fait était de nature à causer une perte très importante à la société, titulaire chez cette banque d'un solde créditeur élevé, qui risquait d'être réglé en monnaie de faillite. En outre, la banque menaçait de réaliser des actions du groupement détenues par elle, ce qui aurait eu pour conséquence la chute des cours des titres ce qui eût créé des embarras supplémentaires à la société.

L'administrateur-délégué de la société décida de sa propre autorité de faire compensation entre le solde créditeur important de la société à la

banque et le solde débiteur du groupement à la même banque. Ainsi, la banque fut désintéressée et n'eut plus aucun droit sur les titres du groupement. Par cette opération, les fonds de la société se trouvaient employés à solder des opérations personnelles de ceux des dirigeants qui avaient fait partie du syndicat.

Il fallait analyser quels étaient la véritable nature et l'objet de ce solde créditeur important que la société s'était constitué à la banque. L'expert constata qu'au fur et à mesure que se déroulaient à la banque les opérations du syndicat, dont la banque portait le montant au débit du compte du syndicat ouvert chez elle, le crédit du compte de la société à la même banque suivait en sens inverse une marche synchronisée. Autrement dit, le solde créditeur de la société à la banque contrebalançait constamment le solde débiteur du groupement syndical ; de telle sorte, la banque ne supportait qu'apparemment le financement des opérations syndicales.

En conséquence, l'information arriva à la conclusion que, puisque de toute façon la banque était assurée de n'être jamais perdante, mais même était sûre de récupérer, sur le compte de la société, les montants des sommes dont elle paraissait faire l'avance au groupement syndical, cette avance de la banque n'était qu'apparente et qu'en réalité c'était avec les fonds provenant de la société que les achats de titres étaient effectués pour le compte du syndicat.

Donc, les administrateurs, à la fois membres du syndicat, ayant fait en définitive emploi pour eux-mêmes de fonds qui appartenaient à la société les avaient ainsi détournés de leur affectation sociale et s'étaient ainsi rendus coupables d'abus de confiance.

Cette thèse fut adoptée par le Tribunal correctionnel de Paris, la Cour d'appel et la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 15 mars 1937, à propos du mandat des administrateurs jugea :

« Que les administrateurs de la société anonyme sont des mandataires, à ce titre, de leurs coassociés ; que, soumis dès lors à l'obligation de se renfermer dans les limites de leurs attributions, ils sont passibles en cas de fraude des peines de l'abus de confiance ; qu'ayant pour premier devoir de ne faire emploi des valeurs appartenant à la société que dans l'intérêt de celle-ci, ils en disposent sans droit lorsqu'ils les emploient en dehors des conditions du pacte social ou les affectent à d'autres besoins que ceux de la société, sans qu'il y ait à distinguer suivant que le détournement porte sur des fonds en espèces ou qu'il résulte de virements de crédits en banque équivalant effectivement à des décaissements. » [222]

Par cet arrêt, la Cour de cassation a confirmé sa position d'après laquelle le contrat de société n'exclut pas l'existence d'un mandat, que les adminis-

---

[222] Cass. crim., 5 mars 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.2.69., voir aussi, PATIN, CAUJOLLE, AYDALOT et ROBERT, *op. cit.*, pp. 345 et ss.

trateurs sont des mandataires des associés, que la liberté d'action qui leur est laissée est bien limitée à l'objet social et qu'ils n'ont le droit d'employer les deniers sociaux que dans l'intérêt exclusif de la société qu'ils administrent.

Cet arrêt est aussi l'aboutissement d'un effort continu et constructif des cours et des tribunaux qui, pendant près d'un siècle, malgré la lacune législative, se sont préoccupés de la protection de l'épargne et des biens sociaux, en s'inspirant des textes légaux, peu appropriés au départ à l'usage qui en a été fait.

Section II

Les caractères et les effets du mandat général d'administrer

§ 1. *La portée et les caractères*

Le principe d'après lequel l'associé-administrateur est un mandataire qui doit gérer les biens de la société est reconnu par l'ensemble de la doctrine. Les rapports juridiques de la représentation active et passive comportent, pour le représentant, l'obligation d'utiliser les biens sociaux selon le vœu des associés.

Sans vouloir en retracer l'histoire, il faut signaler que, depuis sa création, le contrat de mandat a toujours été considéré comme un contrat de bonne foi. L'évolution qui a modifié tant de concepts juridiques n'a pas atteint le caractère essentiel de ce vieux contrat.

Max Leboulanger [223] fait remarquer que la portée pratique du contrat de mandat, dans son application aux sociétés anonymes, a considérablement augmenté. Cet auteur estime que, dans les sociétés commerciales, le mandat n'est plus la procuration par laquelle « une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom » [224] mais qu'il s'agit plutôt d'un lien de droit large et souple unissant la personne morale à la personne physique et qui donne à celle-ci les pouvoirs les plus étendus afin qu'elle puisse diriger au mieux les intérêts de la personne morale.

On peut donc poser le principe que dans toute société, quelle qu'elle soit, il existe dans les rapports entre la société et celui qui la gère un mandat général. Il a pour but l'administration générale des biens de la société. D'après Emile Garçon [225], l'idée de mandat est tellement inhérente à celle

---

223 Leboulanger, *op. cit.*, p. 87.

224 Article 1984 C. civ.

225 Garçon, *Code pénal annoté*, *op. cit.*, p. 238.

de la société que plusieurs arrêts ont reconnu l'existence d'un mandat sans préciser ou même déterminer la nature de la société, et l'auteur conclut que par ce silence même ils prouvent que le principe est général [226]. Il n'est donc pas propre à la société anonyme.

Ce mandat est donc un mandat général qui porte sur l'ensemble des biens sociaux. Il n'est pas besoin que l'administrateur l'ait reçu par un acte spécial, ni même par les statuts. Le fait d'accepter d'être administrateur suffit pour créer le lien de mandat entre la société et l'administrateur ; celui-ci, en acceptant, se voit « chargé de la mission générale d'exercer ses pouvoirs dans l'intérêt exclusif de la société » [227].

Cependant le mandat général de l'administrateur se distance en plusieurs points du mandat du Code civil ; par exemple, lorsqu'il s'agit de sa durée, du nombre des mandataires ou de leurs pouvoirs.

Le mandat général au sein du conseil d'administration

Un point important doit être précisé en ce qui concerne le pouvoir des administrateurs au sein du conseil d'administration : celui-ci est une création de la pratique. La loi du 24 juillet 1867 n'en prévoyait pas l'existence.

Le législateur, accordant le pouvoir suprême aux actionnaires réunis en assemblée générale, a considéré que les personnes qui sont chargées de la gestion de la société sont les mandataires des associés [228], nommés et révoqués par l'assemblée.

Mais très vite, dans les sociétés importantes, une pratique se créa qui, selon l'expression de Ripert, changea la physionomie de l'administration : les administrateurs formèrent un conseil, appelé conseil d'administration, et élirent un président à la tête de ce conseil.

Jusqu'en 1940, date à laquelle le législateur consacra pour la première fois le conseil d'administration, celui-ci n'avait pas d'existence légale. Il était donc tout à fait normal que l'administrateur reçoive personnellement le mandat de ses associés et soit aussi personnellement responsable devant l'assemblée générale des actionnaires.

La loi du 16 novembre 1940, modifiée par celle du 4 mars 1943, organisant le conseil d'administration, prévoit un président à ce conseil ; la loi du 24 juillet 1966 reprenant les mêmes dispositions donne le pouvoir d'administrer la société au conseil d'administration et non aux administrateurs : consé-

---

[226] Voir notamment : Cass. crim., 20 février 1847, S. 1947.1.367. Cass. crim. 30 janvier 1889, D. 1889.1.319. Cass. crim., 10 novembre 1893, *Bull. crim.* nº 301. Cass. crim., 10 février 1948, D.P. 1948, p. 217.

[227] VERDIER, *op. cit.*, p. 189.

[228] L'art. 22 de la loi du 24 juillet 1867 disposait que « les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés ».

quence logique de la collégialité du pouvoir. En parfait accord avec le professeur Daniel Bastian [229], il faut dire que chaque administrateur est désormais dépourvu de tout pouvoir personnel au sein du conseil d'administration. Le mandat est accordé au conseil d'administration et l'administrateur ne représente la société que par délégation [230].

Le mandat général d'administrer et le mandat du Code civil vont se retrouver à propos de la démission et de la révocation des administrateurs.

Donc, le mandat lie l'administrateur en tant que tel à la société et l'oblige à gérer les biens sociaux dans l'intérêt de la société.

§ 2. *Les conséquences du mandat général d'administrer*

M. Jean Maurice Verdier constate qu'il y a trois conséquences au mandat général d'administrer [231].

1. Le mandat est inhérent à la qualité d'administrateur, donc l'obligation d'exercer les pouvoirs donnés à l'administrateur dans l'intérêt de la société ne souffre aucune exception ou dispense de la part des autres organes de la société. La société anonyme est une institution et, suivant son caractère institutionnel, si les statuts ou une décision de l'assemblée générale peuvent augmenter ou réduire les pouvoirs des administrateurs, ils ne peuvent « l'autoriser à les exercer dans un intérêt autre que celui de l'être moral qu'ils représentent ».

Aussi, dans l'affaire de la S.C.O.A. [232], l'autorisation préalable du conseil d'administration n'a pas été prise en considération. Ou bien, dans l'affaire du Grand-Hôtel de Vichy, l'autorisation donnée par l'assemblée générale à certains administrateurs de payer le montant des honoraires dus aux avoués et aux avocats n'a pas été jugée suffisante pour effacer la culpabilité des administrateurs [233].

2. Le lien qui rattache indéfectiblement l'administrateur à la société a pour effet que le délit d'abus de confiance s'applique quelle que soit l'importance de l'intérêt personnel de l'administrateur de la société. Le fait même de la personnalité morale doit faire agir l'administrateur en tant que mandataire et non pas en qualité de propriétaire. La jurisprudence, rare sur cette question, a pourtant considéré comme un motif d'atténuation de la peine

---

229 Bastian, in J. cl. Sociétés fasc. 130-3.

230 Dans le même sens, Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 612 : « Les administrateurs n'ont plus, aujourd'hui, aucun pouvoir personnel dans la société. Ils sont seulement les membres du conseil d'administration qui, malgré son nom, est souvent trop nombreux pour administrer et se borne à contrôler et à conseiller. »

231 Verdier, in Hamel, *op. cit.*, p. 185.

232 Voir *supra*, pp. 116 ss.

233 Amiens, 3e ch., 11 juillet 1962, *Gaz. pal.*, 1963.1.440., voir *infra*, pp. 170 et ss.

le cas suivant : « Lorsque l'administrateur en cause est le véritable maître de l'affaire, qui appartenait originairement à sa famille, et dont il possède 90 % des actions. » [234]

3. Certains administrateurs ont prétendu que les agissements qu'on leur reproche rentraient dans l'objet de la société et ne dépassaient pas les limites de leurs pouvoirs : il s'agit d'une prétention assez plausible surtout dans les sociétés qui ont pour objet des opérations financières, prêts, etc., ou même lorsque les statuts disposent que la société a pour objet accessoire toutes les opérations financières se rapportant à l'objet principal et que l'administrateur dispose d'un pouvoir illimité pour exercer son mandat social. Dans ce cas, il est très difficile d'établir si l'emploi des fonds sociaux a été irrégulier.

Dans l'affaire B... [235], le Tribunal correctionnel de la Seine n'a pas admis la prétention d'un administrateur qui, en s'octroyant un prêt d'argent, avait agi dans les limites de sa compétence. Les statuts de la société l'autorisaient à consentir tous prêts ou crédits. Le tribunal n'a pas admis une telle interprétation des statuts, car un bon administrateur doit toujours tenir compte de l'intérêt de la société. L'acte de l'administrateur prend le caractère d'un délit, même s'il est conforme aux statuts, dès le moment où l'intérêt de la société n'est pas le seul guide de l'administrateur. C'est aussi l'avis du législateur de 1966 qui, à l'article 437-3, fait de l'intérêt de la société un des principaux devoirs des mandataires et cela même à considérer l'exception que constitue l'alinéa 2 de l'article 106 de la loi du 24 juillet 1966 lorsqu'il dispose : « Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales » ; l'intérêt social est toujours primordial puisque ces « opérations » doivent être « courantes » et rentrer dans le cadre de l'activité de l'établissement considéré, mais en plus à des « conditions normales. » [236]

---

234 Lyon, 9 avril 1936, Rev. Spéc. soc. 1936, p. 335, cité par Verdier.

235 Voir *infra*, p. 126, jugement du Trib. corr. Seine, du 22 janvier 1925.

236 Voir *infra*, p. 169, note 343.

Section III

Le détournement

Dans les pages précédentes nous avons eu l'occasion d'examiner le mandat général d'administrer. Ce mandat donne à l'administrateur le droit d'utiliser les biens sociaux et l'obligation de ne les employer que dans l'intérêt exclusif de la société.

Le mandat général porte sur tous les biens, quels qu'ils soient, à savoir les marchandises, les deniers, tous les meubles et les immeubles, corporels ou incorporels. Donc, tous les fonds dont la société dispose à un titre quelconque peuvent rentrer dans l'étendue du mandat général.

Si, quelques années avant la création du délit d'abus des biens et du crédit de la société, la jurisprudence était parvenue, grâce à une interprétation extensive de l'article 408, à déjouer toutes sortes de détournements, il n'en était pas de même au siècle passé où les tribunaux et les cours ont dû commencer à découvrir et à réprimer les différents procédés de détournement.

Le travail paraissait assez difficile, car, comme l'écrit à juste titre M. Verdier, l'objet de « détournement punissable était a priori strictement limité » [237].

Cette limitation avait son origine dans le fait que l'article 408 est un texte pénal, et que le juge ne pouvait retenir le détournement punissable que si l'acte portait sur les « effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant l'obligation ou décharge ». Or, effectivement, un détournement pourrait porter sur un autre objet que ceux limitativement prévus par l'article 408 du Code pénal. A titre d'exemple, l'article précité ne prévoit pas le cas de détournement sur l'immeuble [237 bis].

Après un examen global de la jurisprudence, force est de constater que les cours et les tribunaux ont retenu trois genres de détournements contre les administrateurs des sociétés :

1. le détournement simple ;
2. le détournement par voies indirectes ;
3. le détournement réalisé grâce aux relations des sociétés entre elles.

Avant d'examiner cette jurisprudence, nous croyons utile de souligner un point d'une importance extrême : l'article 408 du Code pénal ne réprime pas la violation du contrat de mandat en soi. Il ne sanctionne pas non plus les fautes civiles qui ont pu être commises par les mandataires, pour lesquelles il existe des sanctions civiles. Ce que l'article 408 sanctionne, c'est

---

237 VERDIER, *op. cit.*, p. 187.

237 bis Voir art. 516 C. civ., distinction entre immeubles : par nature, par destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent.

l'interversion frauduleuse de la possession, c'est-à-dire le fait pour le possesseur précaire — mandataire dans notre hypothèse — de violer le droit du propriétaire sur les objets détournés. Le possesseur précaire, par le fait de l'interversion de la possession, entend désormais posséder *animo domini* la chose confiée [238].

En outre l'effort de la jurisprudence s'est aussi porté à dématérialiser le détournement : pour qu'il soit punissable, une appropriation matérielle n'est pas nécessairement exigée ; il suffit d'un usage contraire à l'intérêt de la société pour que le détournement soit retenu. Ce principe est requis par les rédacteurs du décret-loi du 8 août 1935. D'après ce décret, dont les dispositions sont reprises par la loi du 24 juillet 1966, un usage contraire aux intérêts de la société est nécessaire pour la constitution du délit d'abus de biens sociaux.

§ 1. *Le détournement simple*

Généralement, il n'y a aucune difficulté pour caractériser ce genre de détournement. Il se fait habituellement sous forme d'appropriation des fonds ou des valeurs de la société par le gérant ou l'administrateur pour les consacrer à ses besoins personnels ou, en tous cas, à un usage contraire aux intérêts de la société. A ce propos, la jurisprudence nous fournit entre autres les quelques exemples suivants :

Le Tribunal correctionnel de la Seine a retenu le délit d'abus de confiance contre le directeur d'une société qui avait détourné, au préjudice de celle-ci, des sommes d'argent pour lesquelles il avait mandat de donner l'affectation prévue par les statuts [239].

La Cour de cassation a prononcé les peines d'abus de confiance contre l'agent d'une société de banque et de change, chargé de la direction de la société, parce qu'il avait détourné des sommes qui avaient été mises à sa disposition [240].

Le refus par un administrateur, révoqué par l'assemblée générale, de restituer les documents de la société ou le détournement par un administrateur-délégué de marchandises et de correspondance qui lui avaient été confiées à titre de mandataire social ont été aussi considérés comme un détournement punissable [241].

---

[238] Voir LEBLOND : « Des abus de confiance commis par les administrateurs, gérants ou directeurs de société », Paris, 1934, in *Journ. soc.* n° 4 ; 1934, VERDIER, in Hamel, *op. cit.*, p. 188.

[239] Trib. corr. Seine, 7 mars 1913. dr. fin. 1913. 686, cité par LEBLOND, p. 17.

[240] Cass. crim. 8 mai 1903, S. 1905.1.153, note RAUX.

[241] Trib. corr. Seine, 9 janvier 1924, cité par LEBLOND, *loc. cit.*

La Cour de cassation [242] avait aussi confirmé la sanction prononcée contre un associé qui avait détourné à son profit les fonds provenant de la négociation d'effets de commerce qui lui avaient été remis par ses coassociés pour assurer le bon fonctionnement de la société.

Le gérant d'une société, chargé d'opérer des ventes pour le compte de cette dernière, ayant consigné les marchandises et fait un emploi personnel des sommes qu'il aurait reçues [243], fut aussi reconnu coupable du délit d'abus de confiance par la Cour de cassation.

Dans l'affaire du Comptoir industriel de France, la Haute Cour a confirmé l'application de l'article 408 du Code pénal au président du conseil d'administration et administrateur-délégué d'une société anonyme de banque, qui s'était fait remettre par un employé 3200 obligations d'une autre société, lesquelles appartenaient à cette banque, afin de faire un paiement, et qui, par un jeu d'écritures et d'opérations fictives, en avait détourné la plus grande partie pour enrichir un autre établissement commercial, appartenant à lui et à sa famille [244].

La Chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Poitiers a retenu un détournement d'usage contre un industriel-directeur qui, désireux d'établir une usine, demanda les plans à une maison de construction et, après les avoir recopiés, fait faire les travaux par une maison concurrente [245]. Comme le souligne l'annotateur de cet arrêt, l'article 405 du Code pénal ne réprime pas la violation du contrat de dépôt. Le dépositaire a la charge de garder et de restituer l'objet déposé. Il y a abus de confiance lorsque le dépositaire fait sur la chose à lui confiée un acte d'appropriation en intervertissant contre tout droit sa possession précaire.

L'arrêt cité ci-dessus du 2 décembre 1921 de la Cour de Poitiers a ajouté qu'il est sans importance que « plus tard, à la suite d'une mise en demeure, l'auteur de ce détournement ait retourné l'original du plan à la maison de construction, cette remise d'une chose préalablement dépouillée de toute utilité et de toute valeur n'étant pas une restitution au sens juridique du mot ».

Enfin, le Tribunal correctionnel de la Seine a prononcé la peine d'abus de confiance contre un président et administrateur-délégué d'une société qui avait fait dans la caisse des prélèvements pour ses besoins personnels, ce qui lui avait permis notamment d'acheter en son propre nom un château. En vain soutenait-il que les statuts l'autorisaient à consentir toutes sortes de prêts, avances ou crédits et qu'il avait agi dans les limites de ses pouvoirs en se faisant à lui-même des avances. Le tribunal écarta cette prétention en

---

242 Cass. crim. 18 janvier 1891, D. 1892.1.172.

243 Cass. crim. 3 janvier 1889, D. 1889.1.319.

244 Cass. 4 juin 1886, Aff. du Comptoir indust. de France, S. 1887.1.87.

245 Poitiers, 2 décembre 1921, *Gaz. Pal.*, 1921.2.592. note.

précisant que la liberté d'action de l'administrateur-délégué d'une société est limitée à l'objet social et qu'il n'a jamais le droit d'employer les fonds autrement que dans l'intérêt de la société [246].

Nous constatons donc que les cours et les tribunaux ont retenu l'abus de confiance, contre les mandataires, dans sa forme la plus simple.

---

[246] Affaire B..., Trib. corr. Seine, 22 janvier 1925. *Rev. soc.*, 1926.343. :

« Attendu que B... est poursuivi sous la prévention d'abus de confiance pour avoir détourné ou dissipé, au préjudice de la société des Anciens Etablissements Cauvin-Yvose (SACY), qui en était propriétaire, diverses sommes qui ne lui avaient pas été remises qu'à titre de mandat, à charge d'en faire un usage ou un emploi déterminé ou de les rendre ou représenter ; — Attendu qu'il est établi, en fait, qu'en juin 1919, B... a constitué en société anonyme au capital de 15 millions l'établissement industriel et commercial connu sous le nom de Cauvin-Yvose ayant pour objet principal la fabrication, la vente, la location et l'entretien des bâches, tentes, prélarts et sacs, et qui était alors la propriété personnelle de la dame de la M..., fille d'Ernest C..., qui lui avait succédé peu de temps auparavant ; — Attendu que B... a été, dès l'origine, nommé président du conseil d'administration et administrateur-délégué de la société et qu'il s'est vu déléguer immédiatement l'intégralité des pouvoirs attribués par les statuts au conseil d'administration ; — Attendu qu'en cette qualité il était, sans contestation possible, le mandataire de la société, partant des actionnaires eux-mêmes, et qu'à ce titre il jouissait des pouvoirs très étendus énumérés à l'article 25 des statuts, mais à condition de se maintenir dans les limites de l'objet social tel qu'il est défini par l'article 2 des mêmes statuts ; — Attendu que la prévention reproche à B... d'avoir détourné : 1. à son profit une somme de 2 800 000 francs le 22 décembre 1920, et 2. au profit de MM. B... et fils, 300 000 francs le 12 décembre 1920 et 200 000 francs le 17 décembre de la même année ; — Attendu que la matérialité de ces prélèvements sur la caisse sociale est établie par la comptabilité soumise aux experts et par les aveux mêmes du prévenu ; mais que, pour sa défense, B... soutient que les statuts l'autorisaient à consentir « tous prêts, avances ou crédits », et qu'il aurait donc agi dans la limite de ses pouvoirs en se faisant à lui-même des avances et en consentant des prêts à MM. B... et fils sur les fonds disponibles ; — Attendu qu'une telle interprétation des statuts ne saurait être admise et mérite à peine d'être discutée ; qu'il est de toute évidence que la liberté d'action de l'administrateur délégué d'une société est limitée à l'objet social; qu'il n'a jamais le droit d'employer les fonds autrement que dans l'intérêt même de la société, et que cette obligation qui va de soi et qui découle en quelque sorte de la nature même des choses se trouve, au surplus, suffisamment confirmée par les statuts de la société ; — Attendu qu'il est établi par le rapport des experts, et par les aveux mêmes du prévenu, que les sommes prélevées par lui sur la caisse de la société, dans son intérêt personnel, notamment celle de 2 800 000 francs prélevée le 22 décembre 1920 et qui paraît pouvoir être ramenée à 1 824 760 francs pour solde après balance au 31 décembre 1920, ont servi à payer le prix de l'acquisition faite par B... en son nom personnel du château de la Muette, en vue, dit-il, d'y installer une entreprise commerciale dite Paris-Marché du Monde, laquelle n'avait absolument rien de commun avec l'objet social de la société ; qu'il est encore établi par le rapport des experts et les résultats de l'instruction que la Société B... et fils n'avait aucune relation sociale avec la société ; que ces deux sociétés étaient totalement étrangères l'une à l'autre, alors par contre que B... avait de grands intérêts communs avec B... et fils dans plusieurs entreprises, et qu'il était avantageux pour lui-même et pour son propre profit de soutenir lesdites entreprises avec les capitaux abusivement puisés par lui dans les caisses de la société ; — Attendu, au surplus, que le prélèvement de 2 800 000 francs effectué à son profit dans la caisse sociale le 22 décembre 1920, pas plus que les avances de 300 000 francs et de 200 000 francs consenties à B . . . et fils les 12 et 17 décembre ne peuvent être considérés comme un placement de « fonds disponibles » ; qu'en effet, si les chefs de prévention soumis au tribunal par le ministère public se caractérisent en fait par des prélèvements d'espèces en caisse, ce qui pourrait faire croire à l'existence de fonds disponibles, c'est-à-dire momentanément superflus par rapport aux besoins commerciaux de la société, il en est autrement si on les rapproche d'une série d'autres faits que le ministère public n'a pas retenus, parce qu'ils sont couverts par la loi d'amnistie du 29 avril 1921 ; — Attendu que, sans vouloir rien retenir à la charge

§ 2. *Détournement par voies indirectes*

Alors que le résultat reste inchangé, les méthodes employées par les administrateurs des sociétés ne sont pas aussi directes que dans le premier cas. Au lieu de puiser directement dans la caisse de la société, l'administrateur fait passer, par exemple par un jeu d'écritures, des sommes sur son compte personnel, ou se fait remettre par le comptable l'argent ou les valeurs.

C'est une manière de détournement ou de dissipation qui a été assez fréquente. L'un des grands problèmes du droit pénal des sociétés — le problème se pose encore à notre époque — est que l'opération qui constitue l'élément matériel de détournement ou de dissipation peut rester pendant longtemps cachée grâce aux artifices comptables qui ont toujours été le support le plus usuel du détournement.

L'administrateur détourne les fonds à son profit personnel et, pour cela, il n'est même pas nécessaire que le mandataire ait personnellement participé

---

de B... de ces faits amnistiés, il est cependant indispensable de les prendre en considération pour déterminer la véritable nature des faits retenus par la prévention et qui forment avec les autres un seul tout, étant englobés avec eux dans l'indivisibilité de comptes courants : — Attendu qu'en faisant ce rapprochement, on découvre que tout le solde d'un emprunt nominal de 25 millions de francs en obligations émises dans le public aussitôt après la constitution de la société et qui avait produit 23 000 250 francs d'argent liquide a été employé en avances à des sociétés diverses, dont B... et fils, n'ayant pour la plupart aucun rapport commercial avec la société, le compte spécial de B... et fils présentait au 31 décembre 1921 un solde débiteur de 3 293 697 francs, alors que l'ensemble des découverts dépassaient 20 900 000 francs ; qu'il ne saurait donc être question de fonds disponibles, car de deux choses l'une : ou la société trouvait dans ses propres ressources commerciales des disponibilités suffisantes pour sa trésorerie, et alors il était inutile de la grever dès le permier jour d'un emprunt en obligations de 25 millions de francs, ou elle ne possédait pas les fonds de roulement nécessaires, et alors le produit de cet emprunt ne devait pas sortir de la caisse ; — Attendu, enfin, qu'on ne saurait reconnaître le caractère de « placements » à des opérations faites à découvert, en compte courant, sans aucune garantie spéciale, exposées à tous les risques des entreprises auxquelles ces découverts étaient consentis, risques auxquels la société aurait dû rester étrangère ; — Attendu qu'outre des avances ou prêts consentis sous forme de remise d'espèces, B... avait consenti au profit de diverses sociétés, et notamment à B... et fils, des avantages pécuniaires en mobilisant la signature sociale sous forme de traites tirées ou acceptées par lui (procédé le plus fréquent, disent les experts), de sorte que la société prêtait ainsi à diverses sociétés des fonds qu'elle ne possédait pas et qu'elle se procurait par une opération de crédit, ce qui n'a rien de commun avec un placement ; — Attendu, d'autre part, qu'il est tellement certain qu'en gérant les affaires de la société comme il l'a fait, B... faisait si peu de placements avantageux qu'il avait conduit la société à la veille de la faillite, et que la Banque de France a exigé son départ, sous peine de cesser tout crédit ; — Attendu, enfin, que la bonne foi de B... ne saurait être admise, bien que les opérations de détournement qui lui sont reprochées aient été ouvertement passées en écritures dans la comptabilité ; qu'en effet, les employés subalternes chargés de tenir les écritures n'étaient pas qualifiés pour apprécier le caractère des versements effectués ou des engagements pris, et que, d'autre part, B... a eu bien soin de tenir tous les administrateurs dans l'ignorance de ses agissements ; qu'il aurait même menacé un administrateur, le sieur B..., de l'évincer du conseil, s'il persistait à exiger des éclaircissements, et qu'en outre, en prenant pour des entreprises personnelles des fonds dans la caisse de la société ou, en la mettant à la disposition de certaines sociétés dont la trésorerie était gênée, le prévenu n'a pas pu manquer de se rendre compte du risque qu'il faisait courir à ses mandants. »

à l'opération. D'après la doctrine et la jurisprudence, il suffit que tout soit mis en œuvre pour détourner les biens ou que l'opération à laquelle le mandataire s'est livré aboutisse à un détournement des biens de la société [247].

Pour dissimuler le détournement, certains mandataires ont eu l'idée de le cacher par des gratifications, des avantages spéciaux, des suppléments d'appointement ou même des participations à des bénéfices.

Dans cet ordre d'idée, il est permis de citer le cas d'un directeur général de banque qui fit inscrire au crédit de son compte une somme supérieure à celle qui avait été employée à titre de gratification. En l'espèce, il s'agissait du cas du directeur général de la Banque industrielle de Chine à qui le conseil d'administration avait accordé une gratification. Ce directeur avisa un directeur d'une agence de Pékin par une lettre personnelle, qui demeura ignorée du conseil d'administration et des autres administrateurs.

Il donna l'ordre de le créditer de cette somme, non pas en tant que gratification dont le montant serait fixé d'une façon ferme en francs français, mais en tant que supplément de traitement à convertir en monnaie du pays (taels chinois). Cette opération augmenta considérablement le montant de la gratification, supportée injustement par la société [248].

La Cour de Paris, dans un arrêt du 3 janvier 1938, a eu l'occasion de dire que lorsqu'« un administrateur-délégué a été autorisé à prélever, pour frais de représentation, une allocation mensuelle qui ne lui sera acquise qu'autant que le capital social aura reçu ses intérêts statutaires, cet administrateur-délégué commet un abus de confiance, s'il se fait créditer du montant de cette allocation, après que l'assemblée générale a décidé, en présence des résultats de l'exercice, qu'il ne serait pas distribué de dividende ». Dans l'affaire que nous venons de citer, l'administrateur pouvait dépenser une certaine somme par mois comme frais de représentation, sous réserve que cette mensualité ne serait acquise par cet administrateur qu'autant que le bénéfice de la société serait tel qu'un dividende au moins égal à l'intérêt du capital soit distribué aux actionnaires. Pendant plus de trois ans, cet administrateur fit inscrire cette mensualité à l'actif du compte courant qu'il possédait dans cette société, sans qu'aucun dividende soit payé pendant ces trois années. C'est dans cette inscription au compte courant de l'administrateur que la Cour d'appel de Paris a vu le détournement [249].

---

[247] VERDIER, *op. cit.*, p. 189.

[248] P., directeur général de la Banque Industrielle de Chine : Trib. corr. Seine, 7 juillet 1922, *Gaz. trib.*, 28 juillet 1922 ; Paris 2 décembre 1922, *ibid.*, 7 janvier 1923 ; Cass. crim., 3 mars 1923 *ibid.*, 28 juillet 1923 : « Considérant que P. directeur général pour l'Extrême-Orient, était investi des pouvoirs les plus étendus pour l'exécution générale de toutes les mesures intéressant la vente ; qu'il pouvait librement disposer des ressources sociales à lui confiées pour l'exercice de son mandat et qu'il a abusé de ce mandat en donnant à son subordonné de Pékin l'ordre d'effectuer à son profit un virement auquel il n'avait pas le droit, détournant ainsi au préjudice de la Banque Industrielle de Chine une somme de 806 666 francs », cité par LEBLOND, *op. cit.*, p. 20.

[249] Paris, 3 janvier 1938, S. 1938.2.77 ; Cass. crim. 5 janvier 1949, *Bul. crim.*, nº 1.

La Cour d'appel de Paris avait aussi reconnu coupable d'abus de confiance un président de conseil d'administration, qui avait remis des chèques émis par la société qu'il dirigeait à un de ses frères en vue de financer une campagne électorale [250].

Dans une affaire dite « Affréteurs réunis », il avait été constaté que le directeur de la société avait été investi lors de sa désignation des pouvoirs les plus étendus à charge d'en rendre fidèlement compte au conseil d'administration. Abusant de ses pouvoirs, il avait, sans rien dire au conseil d'administration, fait attribuer à sa sœur et à lui-même en sus d'appointements et de pourcentages déjà exagérés, des gratifications abusives, cela au moyen d'une comptabilité occulte et irrégulière. Le comptable tenait un livre connu de lui-même et du directeur, livre dont l'aspect extérieur et les mentions qui y figuraient dénonçaient le caractère occulte et le but dolosif. Le comptable avait de plus introduit dans les procès-verbaux du conseil d'administration des mentions destinées à donner à certains de ces prélèvements des apparences de justification [251].

Les peines de l'abus de confiance ont été aussi infligées à un administrateur-délégué qui avait détourné des sommes provenant d'encaissements effectués pour le compte de la société [252].

Un président du conseil d'administration d'une société anonyme avait également été reconnu coupable, parce qu'il avait disposé pour ses besoins personnels des sommes qui lui avaient été confiées et qui auraient permis de payer, après vérification, les factures présentées à la société [253].

Enfin, dans l'affaire de la société des Docks Brogard, la Cour de cassation a dû confirmer une condamnation pour abus de confiance : le conseil d'administration de la société avait décidé « en vue d'étendre les opérations commerciales et d'avoir une trésorerie plus large » de procéder à une augmentation du capital social. Plusieurs membres de ce conseil décidèrent de

---

250 Paris, 27 mars 1943, J.C.P. 1943.2229, note P. Garraud.

251 J. S. et autres, Affréteurs réunis, Trib. corr. Seine, 5 mai 1928, *Rev. soc.*, 1928. 385 : « Attendu que, profitant de sa situation prépondérante au conseil d'administration, il engagerait les « Affréteurs réunis » pour des sommes importantes dans un grand nombre de participations dans le but de procurer soit à lui-même, soit à ses proches, des situations de directeur ou d'administrateur ... ; Attendu qu'indépendamment de ces participations ... J... S... ne manquait pas d'opérer directement sur le fonds social, pour lui-même ou pour les siens, à titre de salaires, gratifications ou pourcentages, des prélèvements exhorbitants ... ; Attendu que, d'autre part, le procédé particulier employé par J... S... pour opérer ses prélèvements et qui consistait à les effectuer sur les bénéfices bruts venait grossir dans des proportions colossales les avantages retirés pour lui annuellement de ses fonctions ... ; Attendu que les parents et l'entourage de J... S... ont été appelés par lui à bénéficier de semblables avantages. »

Cette affaire a été portée devant la Cour de cassation : Cass. crim., 31 mars 1933, *Journ. soc.*, 1933.529 : « Attendu que les juges du fond ont ainsi relevé tous les éléments du délit d'abus de confiance, notamment la violation du contrat de mandat, la réalité des détournements et le caractère frauduleux de ces détournements. »

252 Cass. crim. 10 mars 1938. S. 1939.1.240.

253 Cass. crim. 30 déc. 1943, *Bul. crim.*, 168.

former un syndicat ayant pour but de garantir l'émission des actions nouvelles. En réalité, les fonds de l'augmentation du capital furent employés par ces membres formant le syndicat, à racheter au pair, c'est-à-dire bien au-dessus de leur valeur réelle, les actions anciennes de la société dont le plus grand nombre leur appartenait [254].

La variété et l'abondance proportionnelles des arrêts et des décisions que nous venons de rapporter démontrent d'une part l'habileté, l'adresse et la diversité des moyens et des méthodes employés par certains administrateurs, directeurs et gérants de sociétés par actions pour arriver à dépouiller la société à leur profit personnel, d'autre part le moyen que les cours et les tribunaux ont employé pour les combattre grâce à une interprétation de l'article 408 du Code pénal.

§ 3. *Détournement réalisé au profit de tiers ou grâce aux relations des sociétés entre elles*

Jusqu'ici nous avons vu des cas jurisprudentiels où le mandataire ou le gérant avait détourné les biens sociaux à son profit personnel. Sous ces deux aspects de détournement, l'appauvrissement de la société et l'enrichissement de l'administrateur ou du gérant sont en relation de cause à effet, c'est-à-dire que la société s'appauvrit, parce que l'administrateur s'est enrichi.

Les cours et les tribunaux ont dû s'occuper d'un autre procédé de détournement beaucoup plus complexe dans sa réalisation que les deux formes que nous venons d'étudier. Cette fois-ci, le gérant ou l'administrateur dispose des biens de la société non pas à son profit personnel et direct mais, par exemple, pour servir les intérêts d'une autre société dans laquelle il a des intérêts à protéger, ou bien pour aider un tiers ou un parent quelconque tout à fait étranger aux affaires de la société.

Cette forme de détournement est assez compliquée, car l'administrateur a, par définition, tous les pouvoirs nécessaires pour engager les biens de la société. Il s'agit de prouver que l'administrateur ou le gérant détourne les biens sociaux, par exemple en passant une commande à une autre société ou à une personne physique. Comment peut-on prouver qu'il avait l'intention d'avantager son partenaire ? Logiquement c'est lui qui doit tenir compte des intérêts de la société qu'il administre, puisqu'il est responsable devant l'assemblée générale. Ce n'est que par le résultat de sa gestion qu'il serait éventuellement possible d'apprécier s'il a eu effectivement l'intention de détourner les biens de la société ou si les pertes subies par la société ne sont que le fruit d'un commerce infructueux.

---

[254] Cass. crim. 18 mai 1926, *Rev. soc.*, 1927.51. Dans le même genre, voir affaire S.C.O.A., *supra*, pp. 116 ss.

C'est aussi une forme de détournement qui a attiré le plus de « malfaiteurs commerciaux » du fait qu'elle permet à son auteur de cacher son jeu.

C'est donc une jurisprudence assez variée que nous allons étudier.

Un cas assez caractéristique est fourni par l'affaire de la Société industrielle et agricole périgourdine. L'administrateur-délégué de cette société avait accepté au profit de ses créanciers personnels et de ses parents, qui eux n'étaient pas créanciers de la société, des effets de pure complaisance. Le Tribunal de la Seine dans son jugement du 4 décembre 1925 eut l'occasion d'affirmer que pour que l'abus de confiance soit institué, « il n'est pas indispensable que le produit des fonds escomptés ait bénéficié à D . . . (administrateur) ou ait été remis entre ses mains, pour qu'il en fasse bénéficier des tiers ; qu'il a suffi que D . . . ait eu un intérêt quelconque à accepter les effets au profit, soit de ses créanciers personnels, soit d'amis ou de parents à qui il procurait ainsi des fonds au détriment de la société » [255].

Dans l'affaire de la Société d'électro-métallurgie de Dives, la Cour d'appel de Paris a porté condamnation du chef d'abus de confiance pour les faits suivants : il était reproché aux administrateurs de cette société d'avoir placé tous les fonds dont la société disposait en dépôt à la Banque syndicale de Paris. Cette banque était aussi contrôlée par les administrateurs de la société prénommée. Elle faisait de mauvaises affaires et ce n'est que grâce aux dépôts de la Société d'électro-métallurgie de Dives, faits par les administrateurs communs à la société et à la banque, que celle-ci pouvait se maintenir. Cet état de chose a pu durer jusqu'au momet où, n'ayant plus pu faire face aux retraits, la banque dut déposer son bilan. Il était aussi établi que la Banque syndicale de Paris faisait des avances à une tierce société dont les dirigeants étaient encore les mêmes. Une double faute était donc reprochée aux administrateurs de la Société d'électro-métallurgie de Dives :

1. celle d'avoir placé les disponibilités de la société dans une banque qu'ils dirigeaient eux-mêmes afin d'assurer à cette banque les ressources de trésorerie qui lui faisaient défaut ;
2. celle d'avoir, par l'intermédiaire de cette banque, alimenté la trésorerie d'une tierce société où ils avaient également des intérêts.

La Cour d'appel de Paris, comme le Tribunal correctionnel de la Seine, a vu dans ces faits le délit d'abus de confiance. La Cour n'a même pas cherché à savoir si la deuxième partie des agissements était caractérisée et si les fonds avaient bien servi à aider une autre société, par l'entremise de la banque. La Cour a remarqué que les placements à la banque « ainsi aventurés en pleine connaissance, constituent à eux seuls, et indépendamment de toute autre circonstance, un abus flagrant et pénalement répréhensible du man-

---

255 Trib. corr. Seine, 4 déc. 1925 *Rev. soc.*, 1926.191, *Gaz. Pal.*, 1926.1.373.

dat social des administrateurs, qui leur faisait un devoir strict de gérer avec prudence et désintéressement les intérêts de l'électro-métallurgie de Dives » [256].

M. Verdier rapporte que l'attitude d'un administrateur qui s'était abstenu, après avoir déposé les fonds qui provenaient d'une augmentation de capital dans une banque sur le point de cesser ses paiements dont son fils était l'un des administrateurs, de les retirer lors de la déconfiture de la banque survenue quelques jours plus tard, a été considérée comme constitutive de l'abus de confiance [257].

Dans une affaire récente, le vice-président du conseil d'administration du Crédit mutuel foncier a été reconnu coupable d'abus de confiance. L'objet de cette société était de permettre aux souscripteurs des ouvertures de crédit ou de prêt en vue de leur accession à la propriété. Il avait utilisé sans aucune garantie, à des fins étrangères à l'objet social en faveur de sociétés qui n'y avaient aucun droit et dans lesquelles il avait des intérêts, une partie des fonds du Crédit mutuel foncier [258].

Le Tribunal correctionnel de la Seine a aussi reconnu coupable d'abus de confiance le directeur fondateur d'une société qui avait utilisé, puis détourné et dissipé une partie des titres, remis en dépôt, d'une autre société pour soutenir le crédit de la première. L'administrateur-délégué de la seconde société aurait pu également être condamné comme complice [259].

M. Leblond écrit qu'« on a vu des administrateurs détourner les fonds sociaux de leur destination véritable en les utilisant à acquérir la majorité des actions d'autres sociétés, non pas dans l'intérêt de la société dont ils sont mandataires, mais uniquement dans le but de s'octroyer de nouvelles places d'administrateurs-délégués ou de directeurs, et du même coup des prébendes fructueuses ; ou bien, grâce à un savant enchevêtrement de sociétés, les administrateurs communs de plusieurs sociétés achètent, préalablement à l'assemblée générale de l'une d'entre elles, des actions de cette dernière, en puisant dans la trésorerie des autres sociétés s'assurant ainsi la majorité à l'assemblée, quitte à revendre les actions le lendemain ». L'auteur poursuit qu'il y a là « un abus de mandat social qui confine à l'abus de confiance, mais les administrateurs ne manqueront pas de prétendre que les opérations incriminées rentraient dans l'objet de la société, en arguant de la formule habituelle des statuts qui porte presque toujours que la société a pour objet accessoire toutes opérations financières se rattachant à l'objet

---

256 Paris, 18 juillet 1938, S. 1938.II.203.

257 VERDIER, in Hamel, *op cit.*, p. 193.

258 Cass. crim. 6 mai 1954. D.P. 1955.331.

259 Trib. corr. Seine, 5 janvier 1932, *Gaz. trib.*, 1932.1.212 : affaire O... et E... « Attendu qu'une société ne peut, du fait volontaire de ses mandataires généraux, subir un appauvrissement définitif ou même risquer d'en subir un ; que c'est commettre un abus de confiance que de lui faire supporter des pertes ou courir des aléas dans des opérations étrangères au but social. »

principal ; à cela on peut répondre que la liberté d'action des administrateurs est limitée à l'intérêt de la société et que semblable emploi, pour le moins anormal, des fonds sociaux dans un intérêt personnel indirect ne rentre certainement pas dans les prévisions des actionnaires ni dans l'objet social véritable, d'autant que souvent les objets des sociétés en question seront totalement différents » [260].

Nous constatons donc que l'effort fourni par les tribunaux pour réprimer les détournements commis par les dirigeants des sociétés par actions a été considérable. Néanmoins, plusieurs affaires ont certainement dû se solder par des non-lieux étant donné que les tribunaux ne pouvaient pas franchir les limites du principe de la légalité des délits et des peines. Une réforme était donc nécessaire pour permettre aux tribunaux de réprimer le détournement sous tous ses aspects. Cette réforme se réalise par le décret-loi du 8 août 1935.

260 LEBLOND, « Des abus de confiance commis par des administrateurs », *op. cit.*, p. 26.

CHAPITRE II

Le délit d'abus des biens et du crédit de la société

Section I

Historique

Les alinéas 6 et 7 de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 ont leur origine dans une proposition de loi qui avait été déposée le 4 février 1932 par le sénateur Lesaché, sur le bureau du Sénat [261].

Cette proposition de loi fut reprise plus tard, avec quelques modifications, sous forme d'une autre proposition de loi présentée à la Chambre le 18 janvier 1935 par M. Flandin, président du Conseil, et M. Pernot, garde des Sceaux [262].

A. *Proposition Lesaché*

Cette proposition de loi, destinée à compléter l'article 45 de la loi du 24 juillet 1867, ne concernait que les administrateurs des sociétés anonymes. Elle laissait de côté les gérants des sociétés en commandite par actions. Sa préoccupation était double :

a) Réprimer par des peines plus sévères que celles de l'abus de confiance, des détournements qui portaient sur de grosses sommes d'argent. Elle voulait aggraver les peines frappant ceux qui, en dehors de toute autorisation statutaire ou de l'assemblée générale, auraient opéré sur les fonds de la société un prélèvement pour leur usage personnel ou à des fins étrangères à l'objet social. Nous avons vu que la jurisprudence était parvenue à punir

261 *J.O.*, 1932, Doc. parl. ann. 83.

262 *J.O.*, 1935, Doc. parl. ann. 4502.

de pareils actes grâce à la théorie du mandat général d'administrer [263]. Sur ce point, la proposition Lesaché n'apportait donc rien de nouveau.

b) La deuxième préoccupation de la proposition retient l'attention, car elle aurait apporté une nouveauté dans le monde du droit des affaires et c'est là, à notre avis, que réside son intérêt. Elle voulait atteindre certains actes frauduleux que, pour des motifs strictement juridiques, les Parquets ne pouvaient ou ne voulaient pas ou hésitaient de poursuivre. La proposition contenait des dispositions qui auraient permis d'atteindre les administrateurs ayant « utilisé le crédit » de la société qu'ils administrent.

Selon Leboulanger [264], l'auteur de la proposition voulait mettre fin à la situation suivante : plusieurs sociétés ayant une situation financière saine se trouvaient soudainement dans des conditions économiquement défavorables, des difficultés de trésorerie que rien, dans les comptes de la société, ne permettait de prévoir. On s'apercevait que l'administrateur avait accepté, au nom de la société, des effets de complaisance pour alimenter des spéculations personnelles ou pour favoriser d'autres sociétés auxquelles il était intéressé. La jurisprudence hésitait à réprimer ces agissements et pour en finir avec cette « situation juridique incertaine » Lesaché suggérait de punir les abus de crédit au même titre que les abus des biens.

Lesaché proposait aussi d'appliquer les peines de la complicité à ceux qui « par quelques moyens » auraient intentionnellement facilité le prélèvement des fonds ou l'abus de crédit. En date du 14 décembre 1932 [265], au nom de la commission de législation civile et criminelle, l'auteur présentait un rapport sur sa proposition qui comprenait alors aussi les gérants des sociétés en commandite par actions. L'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 aurait été ainsi modifié :

Art. 15 — « Sont punis :

. . . . . .

6. Les gérants qui ont opéré sur les fonds de la société un prélèvement pour leur usage personnel ou pour des fins étrangères à l'objet social en dehors de prélèvements autorisés par l'Assemblée générale dans la limite permise par les statuts, ou qui ont utilisé le crédit de la société pour leur usage personnel ou pour des fins étrangères à l'objet social. »

Dans son rapport, Lesaché examinait aussi les questions relatives à la répression des spéculations qui sont faites sur les titres de la société par les

---

[263] Voir *supra*, pp. 113 et ss.

[264] LEBOULANGER, *op. cit.*, p. 30.

[265] *J.O.*, 1932. Sénat, Doc. parl. nº 821.

administrateurs. Il voulait faire attribuer le caractère d'infraction pénale aux opérations consistant en manœuvres visant à fausser le mécanisme normal du marché financier pour faire des bénéfices anormaux aux dépens des épargnants. En particulier, certains conseils d'administration utilisaient une partie de l'actif social pour maintenir directement ou indirectement les cours des titres de la société. Il va de soi que l'administrateur agissant ainsi utilisait la signature sociale. Il faisait ainsi courir à la société des risques auxquels elle devait rester étrangère.

Au cours de la discussion de cette proposition, le sénateur Bender, estimant qu'elle laissait de côté certains faits délictueux, déposa un amendement qui prévoyait ce qui suit :

> « Seront punis :
>
> Les gérants qui auront participé, personnellement ou par personnes interposées, à des syndicats boursiers, opérant au comptant ou à terme sur les titres de la société, même dans le but de soutenir les titres de la société, auront utilisé ou facilité les opérations de ces syndicats en engageant, soit les fonds, soit la signature de la société. »

Le Sénat estimant que la proposition Lesaché était largement suffisante, rejeta l'amendement Bender et, adoptant le texte de la proposition, consacra la formule « abus du crédit ». La proposition n'eut pas d'autres suites immédiates.

B. *Le projet de loi Flandin-Pernot*

Finalement il semble que la proposition de Lesaché n'ait pas abouti. Le Gouvernement déposa le 18 janvier 1935 un projet de loi ayant pour but de modifier la loi du 24 juillet 1867, notamment son article 15 [266]. L'exposé des motifs du projet de loi soutenait que la loi de 1867 laissait « en dehors de toute répression la plupart des violations les plus graves du contrat de mandat existant entre les administrateurs et la société » [267]. Le projet de loi avait pour but de donner le « caractère d'infraction pénale au fait, par un administrateur, d'avoir agi sciemment au détriment des intérêts de la société ». Le projet de loi avait la teneur suivante :

> « Art. 15. — Seront punis d'un emprisonnement d'un an au moins et cinq ans au plus et d'une amende de 1000 francs au moins et 100 000 francs au plus
>
> . . . . . .

266 *J.O.*, Sénat, Doc. parl., 8 juin 1934, p. 639.

267 *Ibid.*

6. Ceux qui, sciemment, étant gérants d'une société en commandite par actions, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage étranger à l'objet social.

7. Ceux qui, sciemment, étant gérants d'une société en commandite par actions, ont utilisé les pouvoirs qu'ils possédaient ou les informations dont ils disposaient en cette qualité, contrairement aux intérêts de la société. »

Ce projet reçut un accueil très favorable : la sécurité dans les rapports économiques exigeait des sanctions énergiques contre les administrateurs qui mettaient leur savoir-faire au service de leur intérêt personnel aux dépens de celui de la société.

Tenant compte de ce mouvement d'idées et conformément à la loi du 8 juin 1935 « tendant à accorder au Gouvernement des pouvoirs exceptionnels pour assurer la défense du franc et la lutte contre la spéculation », le Gouvernement prit le décret-loi du 8 août 1935 [268] dont les dispositions ont été reprises avec quelques modifications par le législateur de 1966.

Section II

Le champ d'application du délit

Le décret-loi du 8 août 1935 a prévu l'incrimination de l'abus des biens sociaux dans les sociétés en commandite par actions. En vertu de l'article 45 de la loi de 1867, ce délit s'applique aussi aux sociétés anonymes.

De même un autre décret-loi du 30 octobre 1935 a prévu également ce délit dans le domaine des sociétés à responsabilité limitée.

Depuis, le champ d'application de ce délit s'est élargi et il s'étend aujourd'hui aux administrateurs d'autres sociétés : Le délit peut être retenu contre les dirigeants des sociétés d'économie mixte. La Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 février 1971 [269] décidait que « les administrateurs d'une société d'économie mixte, lorsque ces sociétés sont constituées, comme en l'espèce, conformément à la législation sur les sociétés anonymes, sont soumis, quant à la responsabilité pénale éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes ».

---

[268] *Supra*, le texte du décret, pp. 110 et 111.

[269] Affaire de société immobilière du coteau des Chardonnerets, Crim., 16 février 1971, *Rev. soc.*, 1971, p. 418, note Bouloc.

Mis à part des précisions que la Cour apporte sur la détermination des personnes responsables [270] et le champ d'application du délit, cette décision nous intéresse aussi à un autre point de vue : la Cour écarte le pourvoi de trois personnes qui avaient été condamnées pour abus de confiance, recel et complicité. Mais elle reproche à la Cour d'appel de s'être trompée sur la qualification donnée de l'abus de confiance, recel et complicité. La Cour dit que « les faits tels qu'ils ont été constatés par les juges du fond auraient dû être réprimés non sous la qualification d'abus de confiance et complicité, mais sous la plus haute expression pénale dont ils étaient susceptibles, en l'espèce celle de l'abus des biens sociaux et du crédit de la société ». La doctrine a approuvé cet arrêt [271]. On a écrit à son sujet que « cette solution doit être approuvée car ces sociétés (d'économie mixte) constituées selon les règles du droit commercial, entre d'une part des personnes publiques et d'autre part des personnes privées, sont des organismes du droit privé. En conséquence, la responsabilité pénale de leur administrateur doit être recherchée selon les règles du droit des sociétés anonymes ».

M. Bouloc [272] écrit à propos de cet arrêt que « par sa formulation même, la décision de la Cour de cassation revêt une portée générale. Peu importe, semble-t-il, que la société d'économie mixte soit soumise à un régime dérogatoire, par exemple quant à la désignation des organes d'administration et de direction. A *fortiori*, l'on doit décider que les entreprises nationalisées constituées sous forme de sociétés anonymes et régies par les dispositions de la loi de 1966 sont soumises au même régime. En revanche, on ne saurait en vertu du principe de la légalité, appliquer les dispositions répressives de la loi du 24 juillet 1966 aux administrateurs des établissements publics nationaux, puisque, en principe, ces établissements publics ne sont pas des sociétés commerciales ».

La Cour de cassation vient de confirmer sa jurisprudence à l'occasion d'un autre arrêt rendu le 16 décembre 1975 [273]. Elle a déclaré justifiée la condamnation du président directeur général d'une société d'économie mixte qui avait fait des biens de cette société, à l'occasion d'acquisition de terrains, un usage contraire à l'intérêt de cette société pour favoriser une autre société dans laquelle il était directement intéressé.

L'extension du champ d'application du délit se constate aussi dans les sociétés coopératives. L'article 26 de la loi du 10 septembre 1947 « portant sur le statut de la coopération » a prévu que « les peines prévues pour l'escroquerie étaient applicables aux administrateurs ou gérants » qui faisaient de leur pouvoir un usage contraire à l'intérêt social à des fins person-

---

270 *Infra*, pp. 141 et ss.

271 Touffait, Robin, Audureau et Lacosta, *op. cit.*, p. 254.

272 Bouloc, in note précitée.

273 Crim. 16 déc. 1975, *Bull. crim.*, nº 279, p. 735. *Rev. soc.*, 1976.353. Note, Monique Guilberteau, J.C.P. 1976.II.18476 note Delmas-Marty, voir aussi *infra* p. 153.

nelles ou pour favoriser une société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés d'une manière quelconque et disposaient, dans ces conditions, des biens ou des crédits de la société. S'inspirant de cet article, la Chambre criminelle décide que l'administrateur d'une société coopérative peut aussi se rendre responsable d'abus des biens sociaux parce qu'il s'est attribué une rémunération qui n'était pas prévue par les statuts [274].

La loi du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction du logement a aussi prévu à son article 59 des peines d'emprisonnement d'un an au moins et cinq ans au plus et d'une amende de 100 à 100 000 francs à l'encontre des personnes exerçant, en fait ou en droit, la gestion d'une société de construction, visée par le décret du 10 novembre 1954 pour avoir fait de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage contraire à l'intérêt de cette société dans un but personnel ou pour favoriser une autre société ou entreprise.

Le délit est aussi applicable aux sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne, puisque le législateur sanctionne l'abus des biens commis par les membres des organes de gestion, de direction ou d'administration, contrairement à l'intérêt de celle-ci et à des fins personnelles, directement ou indirectement, cela conformément à l'article 24-3 de la loi du 31 décembre 1970 applicable aux sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne.

La loi du 8 juillet 1971, complétant le décret du 14 juin 1938 relatif au contrôle de l'Etat sur les entreprises d'assurance, a inséré, un nouvel article 39 bis dans le décret du 14 juin 1938 selon lequel les peines prévues à l'article 437 de la loi du 24 juillet 1966 sont applicables aux présidents, administrateurs, gérants des entreprises non commerciales mentionnées à l'article premier du décret qui auront fait des biens ou du crédit de l'entreprise un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles.

Le délit ne s'applique pas aux gérants des sociétés en nom collectif et en commandite simple. Ces sociétés sont des personnes morales et ont un patrimoine séparé de celui des associés, mais elles ne sont pas des personnes morales aussi « organisées et élaborées » que les sociétés par actions. La Cour de cassation [275] a dû casser un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 9 novembre 1962 qui avait appliqué les dispositions de l'article 15-6 de la loi du 24 juillet 1867 à un gérant d'une société en nom collectif. La Chambre criminelle a dit que l'article 15-6 ne punit que « les gérants des sociétés en commandite par actions et les administrateurs des sociétés anonymes ; que ces dispositions sont étrangères aux sociétés en nom collectif, d'où il suit qu'en faisant application au demandeur de l'article 15 sus-visé, alors qu'elle

---

[274] Crim., 7 mars 1968, *Bull. crim.*, n° 80 cité., par Bouloc in note précitée.

[275] Ch. crim. 3 oct. 1963, D. 1963, p. 734. V. dans le même sens *Rev. trim. dr. comm.*, 1964 p. 96, observations de René Rodière.

aurait pu éventuellement envisager de lui faire application de l'article 408 du Code pénal, la Cour d'appel a fait une fausse application de la loi ».

Il relève de cet arrêt que les gérants des sociétés de personnes n'engagent leur responsabilité pénale qu'en vertu des dispositions du Code pénal.

Section III

Les personnes responsables

L'entrée en vigueur du décret-loi du 8 août 1935 n'a pas résolu tous les problèmes relatifs à la répression de l'abus des biens sociaux. Il a fallu plusieurs années de tentatives infructueuses pour trouver une réponse à la question de la détermination des personnes responsables [276].

Avant la consécration du délit, la jurisprudence était parvenue, par le biais de la théorie du mandat général d'administrer, à poursuivre toutes les personnes qui, à un titre quelconque, menaient ou dirigeaient la société. Le décret-loi de 1935, modifiant l'article 15 de la loi de 1867 prévoyait que les « gérants qui auront fait de mauvaise foi un usage abusif ... » et l'article 45 de la même loi rendait applicable les dispositions de ladite loi aux sociétés anonymes. Il n'y a nul doute que la création de ce délit a marqué une étape très importante dans la répression des actes frauduleux des administrateurs et des gérants des sociétés par actions. Mais, à notre avis, ce texte a rendu, malgré tout, la tâche difficile aux tribunaux dans la recherche et la détermination des personnes responsables : en vertu du principe de l'interprétation stricte des lois pénales, les tribunaux ne pouvaient poursuivre que les personnes limitativement désignées par la loi, ce qui revient à dire que la loi elle-même assurait l'impunité de tous ceux qui n'étaient pas nommés par l'article 15-6 de la loi du 24 juillet 1867 ; il s'agit surtout en l'occurrence des gérants de fait, souvent les véritables « maîtres de l'affaire » [277]. Donc, grâce à la loi elle-même les dirigeants de fait restaient en dehors de toute répression.

Pour combler cette lacune, le législateur et la jurisprudence ont fait un effort considérable pour écarter l'impunité des gérants de fait. Aussi, nous étudierons d'abord la jurisprudence antérieure à 1966 ; ensuite nous verrons le problème après l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966.

---

276 VERDIER, *op. cit.*, pp. 199 et ss.

277 Voir, *supra*, p. 170, affaire C.N.L. où la Cour d'appel a eu beaucoup de difficultés pour déterminer la personne coupable, car les bénéficiaires des actes abusifs ne pouvaient être poursuivis comme auteurs principaux des infractions. Aussi, ont-ils été condamnés pour complicité d'abus des biens sociaux. *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 105.

A. *La jurisprudence d'avant 1966*

Sous l'empire des lois antérieures à 1966, la jurisprudence, respectueuse du principe de l'interprétation stricte des lois pénales, n'a pas poursuivi les dirigeants de fait.

D'une façon générale, les cours et les tribunaux ont refusés d'appliquer les peines prévues par l'article 15-6 à ceux qui n'avaient pas la qualité d'administrateur ou de gérant de société. La Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 juin 1956 décidait qu'un fondé de pouvoir ne pouvait pas être poursuivi du chef d'abus de biens sociaux, parce qu'il n'avait pas la qualité d'administrateur et n'était qu'un salarié de la société. La doctrine partageait aussi le même point de vue. Pour elle, l'article 15-6 ne pouvait s'appliquer aux employés de la société qui sont liés à celle-ci par un contrat de louage de service [278], alors que la jurisprudence antérieure à 1935 permettait de sanctionner à titre d'abus de confiance les directeurs techniques ou commerciaux de l'entreprise [279]. La même solution devait être admise en ce qui concerne les gérants des sociétés à responsabilité limitée [280]. La Cour de cassation a reconnu que les gérants de fait ne pouvaient, en tant que tels, faire l'objet à titre principal de poursuite du chef d'abus des biens sociaux [281].

Dans l'arrêt du 18 janvier 1956, la Cour affirme que le gérant démissionnaire ne saurait être déclaré coupable d'abus des biens sociaux, commis postérieurement à sa démission, ce qui n'empêche pas les tribunaux de le retenir en tant que complice.

A maintes reprises, la Chambre criminelle décida que les sanctions de l'abus des biens sociaux n'étaient pas applicables aux gérants de fait des sociétés par actions [282]. Cette jurisprudence était largement critiquée par la doctrine, car « elle assurait l'impunité de tous ceux qui, par l'intermédiaire de gérants de paille manipulés, détenaient en fait tous pouvoirs sans aucun risque » [283].

---

[278] Voir VERDIER, *op. cit.*, p. 198.

[279] Voir *supra*, pp. 123 et ss.

[280] Voir *supra*, p. 138.

[281] Crim., 6 oct. 1960, *Bull. crim.*, n° 438 ; crim., 13 oct. 1960, *Bull. crim.*, n° 451. Crim., 18 janv. 1956, *Bull. crim.*, n° 72. J.C.P. 1956.II.9342.

[282] Voir BOULOC, note sous Cass. crim. 11 mars 1971, *Rev. soc.*, 1971, p. 600.

[283] HERZOG, « La responsabilité pénale encourue par les dirigeants sociaux en cas d'abus des biens ou du crédit de la société », J.C.P., 1966.I.2032.

B. *La jurisprudence après l'entrée en vigueur de la loi de 1966*

Pour combler cette lacune, un effort sur le plan législatif a été entrepris dans ce sens que les lois récentes ont toutes assimilé les dirigeants de fait aux dirigeants légaux.

L'article 431 de la loi du 24 juillet 1966 précise que les dispositions des articles 424 à 429 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personnes interposées, aura en fait exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu de son gérant légal. L'article 463 de la même loi prévoit que les dispositions du présent chapitre (art. 432 à 464) sont applicables à toute personne qui directement ou non, aura en fait exercé la direction ou la gestion d'une société par actions sous le couvert ou en lieu et place de ses représentants légaux.

On constate aussi que la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens et les banqueroutes a aussi assimilé, à son article 134, les dirigeants de fait aux dirigeants de droit pour l'application des peines de la banqueroute.

L'assimilation des dirigeants de fait aux dirigeants légaux a été encore faite par l'article 59 de la loi du 7 août 1957 relative aux sociétés de construction en vue de l'attribution de logement aux associés ; et par l'article 19 de la loi du 31 décembre 1970 relative aux sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne. Donc, force est de constater qu'une évolution législative va de plus en plus dans le sens de l'assimilation des gérants de fait aux gérants légaux.

Qu'en est-il de la jurisprudence ? Peut-on dire qu'elle se modifie aussi en devenant favorable à cette assimilation ? On pourrait soutenir, comme le fait Bouloc [284], que le principe de l'interprétation stricte des lois pénales exige qu'on tienne compte de l'immunité des dirigeants de fait chaque fois que la loi ne les a pas assimilés aux dirigeants de droit par une loi spéciale. Cependant, d'après les derniers arrêts récemment rendus en matière de banqueroute notamment, tout porte à croire que la Cour de cassation devient moins favorable aux dirigeants de fait que par le passé.

En matière de banqueroute, la Chambre criminelle a condamné, conformément à l'article 131 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, des mandataires de fait pour des actes qui étaient même antérieurs à la loi nouvelle. Dans un arrêt du 27 mai 1970 [285], la Cour de cassation a décidé que « le gérant de fait d'une société à responsabilité limitée est un mandataire social au sens de l'article 614-15 du Code de commerce [286] ». Dans cet arrêt, la Cour a rejeté le pourvoi d'un gérant de fait, contre un arrêt de la

---

284 Bouloc, note sous Cass. crim. 11 mars 1971, précité.

285 Crim. 27 mai 1970, *Bull. crim.*, n° 170.

286 Cette disposition a été abrogée et remplacée par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire.

Cour d'appel de Montpellier, du 30 avril 1969, qui l'avait condamné pour banqueroute simple. Le gérant soutenait qu'il avait été, à tort, reconnu coupable du délit de banqueroute simple parce qu'il avait « géré en fait » une société qui avait été déclarée en état de faillite par un jugement du 28 avril 1966 ; il prétendait qu'antérieurement à la promulgation de la loi du 13 juillet 1967, seuls les mandataires sociaux, à l'exclusion des gérants de fait, pouvaient être poursuivis. La Cour de cassation rejeta cette prétention ; elle déclara qu'étant donné la participation active du gérant à l'administration de la société, celui-ci devait être considéré comme mandataire social : en effet, le gérant avait un pouvoir de décision prépondérant dans la marche de l'entreprise créée à son initiative et avec l'accord de ses coassociés.

La même tendance se laisse observer en ce qui concerne le délit d'abus des biens et du crédit de la société.

Bouloc fait remarquer que l'impunité des dirigeants de fait est, à cet égard, relative [287] : la Cour de cassation a retenu un gérant de fait comme complice, parce qu'elle ne pouvait pas le déclarer personnellement coupable de l'abus des biens sociaux [288]. Dans l'affaire d'Ostertag [289], la Cour de cassation a déclaré justifiée la condamnation prononcée pour abus des biens sociaux contre un gérant qui n'était pas le gérant légal d'une société à responsabilité limitée. A notre sens, cet arrêt est une extension de l'assimilation des deux catégories de gérants. La Cour de cassation n'a fait qu'écarter les moyens formulés contre un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, qui avait maintenu la condamnation d'Ostertag aux peines de l'abus des biens sociaux. Le recourant prétendait que « le délit d'abus des biens sociaux ne peut être constitué qu'à la charge du gérant d'une société à responsabilité limitée et non d'une personne munie d'un mandat délivré par le gérant ou l'assemblée de porteurs de parts si étendu que soit ce mandat ». Le recourant soutenait également que la condamnation manquait de base légale. La Chambre criminelle ne le suivit pas dans son raisonnement. Tout en précisant que les « peines édictées par l'article 38 de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée qui sanctionne le délit d'abus des biens sociaux ne sont pas applicables aux gérants de fait », elle confirme la Cour d'appel qui, pour maintenir la condamnation d'Ostertag, avait admis qu'il était malgré tout le mandataire de la société. La Chambre criminelle tient le raisonnement suivant : « Attendu que les juges du fond ont ainsi fait une exacte appréciation des faits de la cause, qu'en effet l'arrêt constate que l'assemblée de porteurs de parts, tenue le 24 juillet 1953, avait autorisé le gérant social C... à transmettre ses pouvoirs à Ostertag, lequel avait la qualité pour signer la correspondance commerciale et financière et pour procéder à toutes les opérations concernant le fonctionnement des comptes bancaires

---

287 Bouloc, note sous Cass. crim., 11 mars 1971, précité.

288 Crim., 18 janvier 1956, *Bull. crim.*, n° 72, cité par Bouloc.

289 Crim., 16 janvier 1964 D. 1964.194. J.C.P. 1964.II.13612. Note J. R.

et de chèques postaux ; que l'assemblée du 14 novembre 1953 avait étendu ces pouvoirs aux comptes ouverts à la trésorerie générale de la Haute-Garonne laquelle détenait des fonds provenant des emprunts ; que ces pouvoirs avaient été renouvelés par l'assemblée du 25 février 1954. »

Parce qu'elle tient compte de la qualité du gérant de fait en tant que personne responsable, cette décision de la Cour de cassation marque tout de même un changement d'orientation de la jurisprudence.

Un autre arrêt de la Cour de cassation mérite d'être cité. Il s'agit d'une décision du 11 mars 1971 [290] sur des faits accomplis antérieurement à la loi de 1966.

Par cet arrêt, la Chambre criminelle casse une décision de la Cour d'appel de Riom, du 24 juin 1970. La Cour suprême a implicitement admis que les liquidateurs pouvaient aussi se rendre coupables d'abus des biens sociaux. La Cour a cassé l'arrêt de la Cour d'appel aux motifs que celle-ci avait prononcé une condamnation pour abus des biens sociaux sans mettre en relief en quoi l'usage fait des biens de la société était contraire à l'intérêt de la société. D'après la Cour de cassation, le fait, pour le liquidateur d'une société de gestion de prendre à bail un immeuble appartenant à la société en liquidation ne saurait, à lui seul, constituer un usage des biens contraire aux intérêts sociaux. Autrement dit, la Chambre criminelle ne met pas en cause la décision de la Cour d'appel quant à la détermination de la personne responsable. Il est à supposer que la Cour de cassation n'aurait peut-être pas cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Riom, si celle-ci avait précisé en quoi consistait l'usage abusif. Elle aurait donc maintenu le liquidateur comme personne responsable. Evidemment, sous l'empire de la loi de 1966, le liquidateur peut être reconnu coupable du délit d'abus des biens sociaux [291] et en général, avec les dispositions assez précises de la nouvelle loi sur les sociétés commerciales, la question de la détermination des personnes responsables a perdu l'intérêt qu'elle a suscité autrefois. Mais, la décision de la Cour de cassation confirme l'opinion de la doctrine [292] qui soutenait, avant l'entrée en vigueur de la loi de 1966, qu'il fallait assimiler le liquidateur aux gérants de droit et le reconnaître en tant que tel coupable du délit d'abus des biens sociaux.

Avec cette décision, il est permis de conclure que la Cour de cassation adopte une conception assez large dans la détermination des personnes qui peuvent se rendre coupables du délit d'abus des biens et du crédit de la société.

---

290 Crim., 11 mars 1971, précité.

291 Art. 488 de la loi du 24 juillet 1966.

292 VERDIER, *op. cit.*, p. 199.

Section IV

Eléments constitutifs du délit d'usage abusif des biens et du crédit de la société

Pour que le délit d'abus des biens sociaux soit constitué, il faut qu'un usage des biens ou du crédit de la société ait lieu et que cet usage soit contraire aux intérêts de la société, de mauvaise foi et exercé dans un intérêt personnel.

Ce délit se situe, dans l'échelle de la responsabilité, au-dessus de la faute de gestion pure et simple. Cette dernière faute est non punissable pénalement, parce qu'elle est due uniquement à un manque de compétence, d'intelligence, d'habileté de la part de son auteur. Elle ne résulte pas d'une action délibérée, comme c'est le cas du délit d'usage abusif des biens et du crédit de la société. Ce délit se trouve placé immédiatement au-dessous du délit d'abus de confiance qui réprime « quiconque aura détourné ou dissipé ... ».

La différence entre ces deux infractions se trouve donc en ce que les biens sociaux ne sont ni détournés, ni dissipés, mais qu'il en est fait simplement un usage abusif. La société subit, non seulement une privation de propriété mais aussi une privation de jouissance.

Les éléments constitutifs du délit sont donc :

I. Un usage abusif des biens ou du crédit contraire aux intérêts de la société ;

II. Un intérêt personnel ;

III. La mauvaise foi.

I. *Usage abusif des biens ou du crédit contraire aux intérêts de la société*

a) Usage des biens sociaux

§ 1. *Définitions*

Les biens sociaux sont l'ensemble des valeurs, quelle que soit leur nature, qui composent l'actif de la société.

Rousselet et Patin ont donné une définition des biens sociaux qui est restée classique. Pour eux, les biens sociaux sont « l'ensemble du patrimoine mobilier et immobilier de la société dont la destination est celle de l'intérêt social. Faire usage de ces biens, c'est accomplir sur eux non seulement des actes de dispositions comportant l'aliénation ou cession au profit des tiers, mais même de simples actes d'administration, prêts, avances, baux, etc. » [293].

---

[293] Rousselet et Patin, *Délit et sanctions dans les sociétés par actions*, p. 220, cité par Pinoteau in Code de société, p. 166.

Depuis la consécration de ce délit, tous les auteurs s'accordent à reconnaître qu'il faut attribuer au vocable « usage » un sens très large et qu'il n'est pas nécessaire que « l'usage abusif » se manifeste par une appropriation matérielle des biens sociaux.

Il faut aussi signaler que les cours et les tribunaux ont largement suivi la doctrine. Avec les dispositions de la loi du 24 juillet 1966, on remarque un net progrès législatif : sous l'empire du Code pénal, c'est-à-dire avant la création du délit d'abus des biens sociaux, les tribunaux étaient obligés de rechercher, dans les agissements des administrateurs ou des gérants, la qualification de détournement ou de dissipation. Avec le délit d'usage abusif des biens sociaux, il suffit de constater qu'il y a eu un usage des biens sociaux.

Actuellement, les tribunaux entendent, par usage des biens, tout acte d'administration ou de disposition portant sur le patrimoine social, qu'il soit mobilier ou immobilier.

En sanctionnant tout usage portant sur les biens sociaux, le législateur a sans doute entendu appréhender tous les procédés qui peuvent porter atteinte au patrimoine social.

A côté de l'usage abusif des biens, la loi réprime également l'usage abusif du crédit de la société. On l'a défini comme « le crédit qui s'attache à l'établissement en raison de son capital, de la nature de ses affaires, de la bonne marche de l'entreprise, etc. En faire l'usage, c'est engager la signature sociale, exposer la personne morale à des paiements ou à des décaissements éventuels, lui faire courir des risques qui, normalement, ne lui incombent pas. » [294] Nous allons voir, dans les pages qui suivent, ce que la jurisprudence entend par usage abusif.

§ 2. *Jurisprudence et usage abusif*

Par usage abusif, le législateur a certainement entendu saisir tous les procédés de nature à porter atteinte au patrimoine social. Aussi la jurisprudence a interprété d'une manière extensive la notion de l'usage abusif. Il est donc intéressant de se livrer à un examen des différents cas qui se sont présentés devant les tribunaux.

L'usage abusif peut consister en un prélèvement direct dans la caisse, ou dans le fait de se faire remettre les fonds par une personne interposée. Il s'agit là d'un procédé assez courant [295].

---

294 *Ibid.*

295 Voir *supra*, la jurisprudence relative à l'abus de confiance, pp. 123 et ss.

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 5 novembre 1963 [296], a rejeté le pourvoi formulé contre un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, lequel avait maintenu la condamnation d'un gérant d'une société à responsabilité limitée qui s'était fait remettre une somme assez importante par le gérant qui devait lui succéder. Cette somme provenait d'un prêt qui, au lieu d'être utilisé dans l'intérêt de la société, avait servi l'intérêt personnel du gérant sortant.

L'usage abusif peut aussi se réaliser dans l'achat, avec les fonds de la société, d'objets pouvant être utilisés dans un intérêt autre que celui de la société. La Cour de Paris [297], dans un arrêt du 9 janvier 1952, a dit « lorsqu'un administrateur dirige à la fois la société-mère et une société filiale dans laquelle il possède personnellement des intérêts, il se rend passible des sanctions pénales prévues à l'article 15, alinéa 6, de la loi du 24 juillet 1867, lorsqu'il est établi que ses agissements ont porté atteinte au crédit de la société-mère au profit de la seconde desdites sociétés. Il en est ainsi notamment lorsque la société filiale n'a fonctionné que grâce au soutien financier que la société-mère lui a apporté au mépris de son propre crédit. La Cour d'appel soutient que l'article 15, alinéa 6, de la loi précitée doit s'appliquer lorsque la société-mère a procédé à des achats massifs et anormaux des meubles fabriqués par la filiale, et qu'il est démontré, eu égard à la modicité d'achats effectués auprès d'autres fournisseurs, que le souci dudit administrateur a été de favoriser, par des achats dont la société-mère n'avaient nul besoin, l'entreprise lui appartenant personnellement, en vue de lui permettre d'écouler sa fabrication ou sa production. »

Les tribunaux ont aussi retenu le délit contre un administrateur qui employait le personnel et le matériel de la société à des fins personnelles [298].

Affaire du C.N.L. [299]

Créée en 1955, la société anonyme « le Comptoir National du Logement » avait pour objet l'édification de toute construction et plus spécialement d'immeuble en copropriété. Ses dirigeants, derrière lesquels se trouvait dissimulé l'architecte P..., avaient acheté en 1957 les actions de la société Salmson, en règlement judiciaire, qui était propriétaire d'importants terrains à Boulogne-Billancourt.

Ayant obtenu l'homologation d'un concordat au profit de cette société, ils lui firent vendre ses terrains à 23 sociétés civiles immobilières constituées

---

296 Cass. crim., 5 nov. 1963. D. 1964.52.

297 Paris, 9 janvier 1952, *Journ. soc.*, 1956, p. 297.

298 Cass. crim., 30 janvier 1974, J.C.P. 1974, G.IV.91.

299 Voir : J.C.P. 1964.1.1855 ; GORE : « L'affaire du Comptoir National du Logement et les délits relatifs à l'administration de la société ».

entre les promoteurs et gérées par certains d'entre eux. Le programme de construction portait sur une dizaine de milliards d'anciens francs, mais les animateurs n'envisageaient de recourir qu'à des autofinancements provenant de la vente sur plan des appartements.

Les parts donnant droit à un appartement n'étaient cédées qu'à la suite d'une procédure assez longue et complexe :

— une promesse d'acquisition devait être signée par l'acheteur ;

— une promesse de cession de parts signée par le gérant ;

— un contrat de construction, signé avec la société civile elle-même par lequel le futur porteur de parts s'engageait à répondre, pour la part et portion afférente au lot dont il était attributaire, aux appels des fonds nécessités par l'édification des immeubles et le paiement des terrains.

Le contrat de cession proprement dit n'était régularisé que beaucoup plus tard, mais lors de chaque signature des contrats énumérés ci-dessus, il était versé des sommes dont le montant était affecté d'abord au prix des parts.

Les dirigeants avaient, en outre, créé trois sociétés satellites dans lesquelles les promoteurs ou le Comptoir National du Logement lui-même étaient intéressés et qui devaient effectuer les travaux de construction qui leur étaient commandés par les sociétés immobilières.

A l'origine l'intention des dirigeants n'était peut-être pas frauduleuse. Mais, très rapidement l'affaire devint malsaine et vouée à la catastrophe. L'origine de celle-ci fut l'autofinancement. La trésorerie n'avait pour ainsi dire aucune existence réelle et se trouvait grevée par les prélèvements de certains dirigeants qui firent exécuter dans leurs propres demeures des dépenses exagérées.

Le Comptoir National du Logement et les trois sociétés dont le sort était lié au sien furent déclarés en faillite par le Tribunal de commerce de la Seine le 29 mai 1961. Le jugement du Tribunal correctionnel de la Seine [300] et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 janvier 1964 [301] tranchèrent une série de problèmes qui touchent de près le droit pénal des sociétés. Nous nous bornerons à voir ceux relatifs au délit d'abus des biens sociaux.

La Cour de Paris, dans son arrêt, approuve le jugement du Tribunal correctionnel de la Seine d'avoir relevé à l'encontre des dirigeants des sociétés satellites ou du C.N.L. d'incontestables usages des biens sociaux.

Le jugement confirmé par la Cour de Paris retenait le délit dans les avances faites par les sociétés satellites du C.N.L. : l'une des sociétés satellites, les Ateliers de Chauffage et de Construction Métallique, avait avancé

---

300 Trib. corr. Seine 13 juillet 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.II.325, *Rev. trim. dr. com.*, 1964 chron. Houin, p. 104.

301 Paris, 15 janvier 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.1.293.

sans intérêt au Comptoir National du Logement des sommes considérables, qu'elle aurait dû encaisser pour son compte en règlement des travaux de construction ; celles-ci ne lui furent jamais remboursées et lui créèrent de sérieuses difficultés financières.

Les trois sociétés satellites avaient exécuté ou réglé pour le compte de certains dirigeants du Comptoir National du Logement des travaux dans des châteaux, hôtels particuliers ou chalets. Le Comptoir National du Logement avait fait aussi d'importantes dépenses au profit des promoteurs : paiement du prix d'achat pour certains dirigeants d'actions et de parts vendues pour autrui ; financement d'un hebdomadaire dépourvu d'utilité pour le Comptoir National du Logement.

L'usage abusif peut aussi consister dans la vente d'une maison faisant partie de l'actif social [302] ; dans le prélèvement sous forme d'achat non justifié [303] ; dans le détournement des sommes versées en paiement des livraisons effectuées par la société [304] ; dans les acomptes reçus sur des commandes [305] ; dans la cession d'un bail sur une partie des locaux occupés par une société [306] ; dans le fait de s'octroyer une commission injustifiée et d'un taux très élevé sur le prix de la cession d'un bail [307] ; dans la passation d'un emprunt personnel par l'administrateur sous la signature sociale [308] ; dans le non-versement du montant d'une souscription à une augmentation de capital au prétexte que l'administrateur souscripteur possède contre la société une créance dont aucune justification n'est fournie [309] ; dans les achats massifs inutilement faits par l'administrateur d'une société dans le but de favoriser une autre société lui appartenant et une troisième dans laquelle il avait des intérêts à protéger [310].

Affaire Willot et usage abusif des biens [311]

Il était reproché aux frères Willot d'avoir utilisé les biens de la société Saint-Frères dont ils avaient pris le contrôle, d'abord pour acquérir person-

---

302 Trib. Seine, 23 juin 1954, « Kubia » inédit, cité par VERDIER, in Hamel, *op. cit.*, p. 203.

303 Trib. Seine, 15 mai 1952, « Marty » inédit, cité par VERDIER, *ibid.*

304 *Ibid.*

305 *Ibid.*

306 Trib. Seine 3 juin 1953, « Chassagne » inédit, cité par Verdier, *ibid.*

307 Trib. Seine 13 oct. 1954, Huber, inédit, cité par Verdier, *ibid.*

308 Trib. Seine, 18 janv. 1954, « Comte, Cavollo, Bosseli », non publié, cité par Verdier, *ibid.*

309 *Ibid.*

310 Paris, 9e Ch. corr. 9 janv. 1952, affaire de Bon-Marché, *Gaz. Pal.*, 1952.1.160.

311 Trib. corr. Seine, précité.

nellement le nombre nécessaire d'actions de la société Saint-Frères et pour avoir le contrôle de cette société ; pour faire acquérir par des sociétés du groupe le contrôle du Bon Marché.

Abus des biens à l'occasion de la prise de contrôle et la gestion de la société Saint-Frères [312]

Pour parvenir au contrôle de la société Saint, les frères Willot avaient d'abord obtenu des dirigeants de la société Saint une option d'achat sur les actions. Cet achat d'actions représentait 22 % du capital social de la société Saint, au prix de 22 646 160 francs. En réalité cette somme était une dette personnelle des frères Willot. Ils firent verser par le président de la société Saint-Frères, sans aviser le conseil d'administration de cette dernière, la somme de 23 millions de francs à la société La Lys, qui faisait partie du groupe Agache-Willot. Sitôt reçue cette somme, le secrétaire général de la société La Lys émit sur le compte de cette dernière société quatre chèques d'un montant de 5 661 540 francs à l'ordre de chacun des quatre frères. Ces derniers endossèrent aussitôt ces chèques en faveur du président de la société Saint-Frères pour le paiement de leur dette personnelle. De cette manière, au moyen de l'avance faite par la société Saint-Frères, ils avaient réglé le prix de leur participation au sein de la société dont ils venaient de prendre le contrôle. Les Willot, pour leur défense, firent valoir, que la société Saint-Frères était déjà intégrée dans le groupe comme la société La Lys, et que les avances faites à l'intérieur d'un groupe par les membres du groupe ne peuvent être constitutives du délit d'usage abusif des biens sociaux.

Le jugement du Tribunal correctionnel de Paris est très riche d'enseignement en ce qui concerne le groupe de sociétés. Pris isolément, le procédé utilisé par les frères Willot est, sans aucun doute, constitutif du délit d'usage abusif des biens sociaux, mais fait dans le cadre d'un groupe de sociétés, les avances consenties par les éléments du groupe, l'un envers l'autre, prennent un aspect nouveau et c'est sur ce point que la décision du Tribunal de Paris retient l'attention.

Il ressort des attendus du jugement que l'existence d'un groupe de sociétés n'est pas suffisant, à lui seul, pour justifier le fait qu'un administrateur se fasse consentir d'une manière quelconque des avances de la part des sociétés du groupe.

Le tribunal dit « que l'usage des biens d'une société faisant partie d'un groupe ne peut se concevoir que dans l'intérêt du groupe ou de société

---

312 Le jugement des frères Willot n'a été frappé d'appel que de la part des commissaires aux comptes. Il est, en revanche, définitif à l'égard des frères Willot qui ont accepté le jugement. Il faut aussi indiquer que le Tribunal a surtout statué sur le fait. Voir aussi *supra*, pour l'exposé des faits, p. 81.

dépendante de ce groupe, mais qu'en aucun cas les biens sociaux ne sauraient être utilisés par des moyens détournés et de façon clandestine au profit personnel et exclusif de ses dirigeants ».

En revanche, le tribunal n'a pas retenu le délit d'usage abusif des biens ou du crédit de la société à l'encontre des frères lors de la prise de contrôle de la société du Bon Marché, et ceci bien qu'ils se soient fait consentir des avances par la société Saint-Frères, pour obtenir la participation à la société du Bon Marché. Matériellement, l'usage des biens est constaté, mais le tribunal admet que la prise de contrôle du Bon Marché était conçue dans l'intérêt du groupe. Le jugement dit « qu'en l'espèce, il convient de rechercher si, compte tenu de l'intérêt que présentait pour Saint-Frères son entrée dans un groupe dynamique, les ponctions considérables réalisées dans sa trésorerie pour la prise de contrôle du Bon Marché étaient admissibles ; qu'il n'est point aisé de déterminer objectivement les mobiles réels des dirigeants d'un groupe et d'établir si l'intérêt économique doit l'emporter sur des principes juridiques qui peuvent apparaître surannés ; qu'à défaut d'une législation sur les groupes de sociétés on doit rechercher :

1. Si l'on se trouve en présence d'un groupement économique fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles et si les éléments qui le composent, même parfois disparates, concourent à la réalisation de « l'objet social » du groupe, qui peut alors provisoirement se substituer à l'objet social des diverses sociétés qui le composent.

2. Si les sacrifices demandés à l'une des sociétés ont bien été réalisés dans l'intérêt du groupe, pour le maintien de son équilibre ou pour la poursuite d'une politique globale cohérente et non dans l'intérêt personnel de ses dirigeants.

3. Si les sacrifices ne font pas courir à la société concernée des risques trop importants sans contrepartie suffisante ou hors de proportion avec ses possibilités réelles, permettant de prévoir, au moment même de la décision, des difficultés graves pour l'avenir, préjudiciables à ses actionnaires et à ses créanciers personnels ; que si ces conditions sont réunies, les éléments juridiques classiques constitutifs du délit d'abus des biens sociaux sont à écarter, les dirigeants du groupe ayant nécessairement des intérêts directs ou indirects dans l'ensemble des sociétés et leurs intérêts personnels étant souvent difficiles à distinguer des intérêts du groupe ».

Le tribunal, faisant application de ces principes et compte tenu que « les avances de la société Saint-Frères ont été bien réalisées dans le dessein de servir à la prise du contrôle du Bon Marché susceptible de renforcer la puissance du groupe ; ... et que si ces avances ont momentanément tari les ressources de Saint-Frères, elles n'ont pas ébranlé sa capacité de production », n'a pas retenu le délit d'usage abusif des biens sociaux à l'encontre des frères Willot.

Le tribunal retient le délit à cause des différentes manipulations de titres entre diverses sociétés du groupe pour rembourser à Saint-Frères les avances qu'il avait consenties. Le jugement fait état notamment de ce que l'intérêt du groupe ne saurait justifier une dation en paiement de titres évalués à plus de double de leur valeur marchande, « que si une grande latitude doit être laissée aux dirigeants d'un groupe pour faire circuler les capitaux entre les sociétés qu'ils contrôlent si l'intérêt du groupe le commande, par contre il est indispensable de restituer les fonds avancés en mêmes unités de mesure et non avec des titres surévalués ou sans valeur, chaque société conservant sa personnalité juridique et ses mandataires sociaux étant responsables de leur gestion à l'égard des actionnaires et des tiers intéressés ».

Arrêt du 16 décembre 1975 de la Cour de cassation

Dans cet arrêt,[313] la Cour de cassation a apporté de nouvelles précisions relatives à l'élément matériel et à la notion de l'intérêt personnel, dans l'application du délit d'abus des biens et du crédit de la société.

En l'espèce, le maire d'une commune, en même temps président de la Société d'économie mixte de construction immobilière de Bollène (S.E.M.I.B.), était le principal actionnaire de la Société anonyme de construction des Alpes et de Provence (S.O.C.A.P.) et, sous le couvert de son beau-frère, la dirigeait en fait.

En 1970, le maire-président informa la société d'économie mixte de son intention de faire acquérir par la société, des terrains appartenant à la S.O.C.A.P. Le conseil d'administration donna son accord de principe, mais le commissaire du Gouvernement, siégant au sein du conseil d'administration, demanda qu'il soit procédé à l'estimation des terrains. Sans attendre le résultat de cette estimation, le président régla en partie le prix de ces terrains à 120 francs le mètre carré.

Ces terrains avaient été antérieurement vendus par la Compagnie Nationale du Rhône à la S.O.C.A.P., à charge pour celle-ci de les rétrocéder à la S.E.M.I.B., ou à la commune de Bollène, à 20 centimes le mètre carré.

Sans tenir compte de cette clause de rétrocession, et pour favoriser la S.O.C.A.P., le président avait fait supporter à sa société un énorme préjudice.

De ce fait, la Cour d'appel de Nîmes condamna le président pour abus des biens sociaux à trois ans d'emprisonnement dont trente mois avec sursis et à 25 000 francs d'amende. Le président se pourvut en cassation en prétendant qu'il avait fait acheter par la société des parcelles d'une superficie supérieure non comprise dans l'acte de rétrocession. La société n'aurait donc subi aucun préjudice, puisqu'elle était devenue propriétaire des parcelles d'une

313 Cass. crim., le 16 décembre 1975, précité *supra*, p. 139.

superficie et d'une valeur supérieures à celles des parcelles visées dans l'acte de rétrocession.

La Cour de cassation estima que cette affaire était une opération faite de mauvaise foi ; le maire savait qu'il agissait contrairement aux intérêts de la société d'économie mixte. Il l'avait accomplie dans le but de favoriser la S.O.C.A.P., dans laquelle il avait des intérêts.

Pour se disculper, le président soutenait que si cette opération-ci était défavorable à la société, il en avait conclu d'autres assez avantageuses pour la S.E.M.I.B. et, de ce fait, il devait être mis au bénéfice de la compensation.

La Chambre criminelle dans son fort intéressant arrêt déclare que « le délit d'abus des biens sociaux est caractérisé dès lors que l'administrateur de deux sociétés qui n'ont pas, comme en l'espèce, des intérêts complémentaires, utilise indifféremment, selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre, exposant ainsi, par sa volonté frauduleuse, l'actif de chaque société à des risques de pertes auxquels cet actif ne devait pas être exposé ».

Cet arrêt qui confirme la position de la jurisprudence en matière du délit d'abus des biens sociaux, doit être entièrement approuvé.

A notre avis, un principe est sous-jacent dans cet arrêt : il s'agirait d'une précision donnée implicitement à propos de groupe de sociétés. En suivant le raisonnement de la Chambre criminelle, on pourrait *a contrario*, dire que l'aide apportée à une société par une autre, lorsque les deux sociétés ont des intérêts complémentaires, n'est pas constitutive du délit d'abus des biens sociaux, même si l'aide fournie n'est pas dans l'intérêt exclusif de la première société.

Nous pensons que la Cour de cassation confirme ainsi l'opinion des juges du Tribunal correctionnel de Paris, dans l'affaire des frères Willot, lorsqu'ils disent « que l'usage des biens d'une société faisant partie d'un groupe ne peut se concevoir que dans l'intérêt du groupe ou de société dépendante de ce groupe... » [314].

Rémunérations et honoraires

Nous n'avons pas l'intention d'étudier le problème de la rémunération des administrateurs, des directeurs ou des gérants [315]. Ce qui nous intéresse, c'est de connaître la position des cours et des tribunaux à l'égard des diri-

---

314 Voir *supra*, p. 151.

315 Voir BASTIAN : *Rémunération des administrateurs*, J. cl. sociétés, fasc. 130-4 ; PONTAVICE, « La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme », in *Mélanges en l'honneur du prof. Bastian*, t.I. pp. 177 et ss., PINOTEAU, « A propos de la rémunération des administrateurs », *Gaz. Pal.*, 1971.1. Doct. 50, TERRÉ, « La disparition des tantièmes », *Rev. soc.*, 1976, p. 237.

geants qui se sont fait attribuer des rémunérations exagérées. La rémunération des dirigeants des sociétés a été laissée pendant longtemps à la discrétion des sociétés mêmes. Cette situation s'expliquait par la notion du mandat. S'appuyant sur l'idée que l'administrateur ou le gérant est le mandataire de la société, sa rémunération ne saurait donc être que le résultat d'un accord de volonté entre le mandant et le mandataire.

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 disposait que « les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, salariés ou gratuits, pris parmi les associés ». De ce texte, il a été déduit une grande liberté de fixation des rémunérations en tant que telles, c'est-à-dire indépendamment de celles qu'ils peuvent percevoir à d'autres titres : salaires ou honoraires.

A l'origine, la loi — celle de 1867 en tout cas — était muette sur la nature de cette rémunération ainsi que sur son montant. La pratique créa au profit des administrateurs deux sortes de rémunération :

1. *Les jetons de présence*, qui étaient conçus à l'origine comme une sorte de prime d'assiduité, destinés à encourager la participation des administrateurs à la vie active de la société. Cette pratique a été confirmée par la loi du 4 mars 1943 (art. 11, alinéa 1 et 6). La loi du 24 juillet 1966 a repris et complété les dispositions de cette dernière loi (art. 108, 109, 110 et 115).

2. *Les tantièmes*, comme son nom l'indique, correspondent à un tant pour cent sur les bénéfices de la société. Des difficultés quant à leur application sont apparues dans le passé et plusieurs auteurs s'en sont occupés [316]. Les tantièmes ont été conservés par la loi du 4 mars 1943, ensuite par la loi du 24 juillet 1966. Les excès et les abus auxquels les tantièmes ont donné lieu ont suscité beaucoup de critiques et ont entraîné leur disparition [317]. Actuellement, ni les statuts, ni les assemblées générales ne peuvent allouer des rémunérations non prévues par la loi.

Le prélèvement excessif des honoraires et des rémunérations a été retenu par la jurisprudence comme un acte constitutif du délit d'usage abusif des biens sociaux. Le mode de rémunération qui a le plus fait couler d'encre, c'est celui qui fixe la rémunération d'après le chiffre d'affaires.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire du Bon Marché est assez significatif à cet égard. « Considérant que, lorsqu'elle (la rémunéra-

---

316 ARNOUL, « Des tantièmes attribués au conseil d'administration », 1902, LESCOT, « Les tantièmes des administrateurs de sociétés anonymes », *Journ. soc.*, 1921, 289., CORDONNIER, « La limitation des dividendes, des tantièmes et des jetons de présence », *Journ. soc.*, 1941.1. ; R. CONSTANT, *Les tantièmes d'administrateurs des sociétés anonymes au point de vue civil et fiscal*, thèse de Nancy, 1931. J. SABATIER, « La nouvelle réglementation des tantièmes, le cas des tantièmes inférieurs au maximum légal », *Rev. de la compagnie des commissaires des sociétés agréés par la Cour d'appel de Paris*, — Janv. ... Juillet 1954. p. 31.

317 Voir la loi nº 75-1347 du 31 décembre 1975 sur la disparition des tantièmes.

tion) est fonction du chiffre d'affaires, abstraction faite des résultats d'exploitation, la rémunération de l'administrateur d'une société anonyme assure à celle-ci, en dépit des pertes de l'entreprise un profit substantiel ; qu'une telle conséquence est si abusive que le procédé est prohibé par l'article 11 de la loi du 4 mars 1943 sur les sociétés par actions [318]. »

S'appuyant sur ce principe, Verdier conclut qu'un acte contraire à l'intérêt de la société peut résider dans le fait de s'attribuer un pourcentage sur le chiffre d'affaires de la société et non comme la loi le permet seulement sur les bénéfices [319]. Autrement dit, d'après cet auteur, le procédé même est constitutif du délit d'abus des biens sociaux.

Contrairement à cette opinion, nous pensons qu'on ne saurait admettre comme principe l'interdiction absolue de ce mode de rémunération [320]. La jurisprudence va aussi dans le même sens : la Cour de Paris, dans l'arrêt précité, n'a pas considéré le procédé comme étant abusif. Elle dit « abstraction faite des résultats d'exploitation... en dépit des pertes ». *A contrario*, il devient possible de dire que, tenant compte des résultats d'exploitation, le procédé de rémunérer en fonction du chiffre d'affaires n'est pas interdit.

D'après M. Pinoteau, « dans chaque cas particulier de cette nature, il convient en premier lieu de rechercher s'il y a ou non un abus, c'est-à-dire si la rémunération ainsi déterminée est ou n'est pas en rapport avec les services rendus par l'intéressé. On ne saurait en effet considérer comme abusive une rémunération qui correspondrait à celle que le dirigeant social pourrait recevoir dans une autre entreprise en raison de sa formation, de sa compétence et plus généralement des services qu'il est en mesure de rendre, pas plus qu'on ne saurait soutenir qu'en l'acceptant il a eu conscience comme la loi pénale l'exige pour la caractérisation du délit, d'accomplir un acte contraire à l'intérêt social. » [320]

La Cour de Grenoble [331], en présence d'une clause relative à la rémunération d'un président qui avait été fixée en fonction du chiffre d'affaires, avait fixé les tâches suivantes aux experts-comptables :

1. Quelles sont les rénumérations pratiquées dans la région pour des entreprises similaires ainsi que les marges bénéficiaires habituelles.

2. De dire s'il est conforme à l'intérêt social, dans une entreprise de ce genre, d'allouer à un président directeur général une rémunération proportionnelle à l'ensemble du chiffre d'affaires sans tenir compte du bénéfice effectivement réalisé.

---

[318] Paris, 9 janvier 1952. J.C.P. 1952.II.6970. Note Bastian ; *Gaz. Pal.*, 1952.1.161, D. 1952.383.

[319] Verdier, in Hamel, *op. cit.*, p. 203.

[320] Pinoteau, « A propos de la rémunération des administrateurs », précité.

[321] Grenoble, 6 mai 1964, D. 1964.784.

3. D'une manière générale, rechercher tous les éléments de nature à éclairer la Cour sur la rémunération équitable à laquelle pourrait prétendre A...

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, du 6 février 1970, rejoint l'idée émise par la Cour d'appel de Grenoble [322] : « Les gérants l'ont imposée (la rémunération) à la société à la faveur de la situation prépondérante qu'ils occupaient, qu'ils la calculent sur le chiffre d'affaires incluant les taxes et qu'ils savaient qu'elle alourdit les frais généraux de l'entreprise au point de compromettre l'équilibre financier de celle-ci, qu'en continuant à se l'octroyer alors que les exercices sociaux se soldaient par des bénéfices dérisoires, voire même, comme en 1958, 1959 et 1960 - ce dernier spécialement visé par la poursuite —, par des difficultés, ils ont totalement méconnu, dans un but personnel, les intérêts de la société et commis le délit. »

A plusieurs reprises, la jurisprudence s'est prononcée sur le problème de la rémunération des administrateurs, elle a toujours condamné l'abus commis par les dirigeants sociaux, mais elle n'a pas condamné le principe de la fixation de la rémunération d'après le chiffre d'affaires.

A l'appui de cette thèse, nous allons citer quelques décisions où, chaque fois, c'est l'abus même qui est condamné et non le principe.

Une décision de la 2e Chambre du Tribunal correctionnel de Paris [323] mérite d'être citée, car elle ne met pas en doute le principe de la fixation de la rémunération en fonction du chiffre d'affaires, mais elle condamne l'abus qui pourrait en résulter :

« Attendu que si le principe même d'une rémunération du gérant par voie de pourcentage sur le chiffre d'affaires n'est pas en soi constitutif de l'abus de biens, un tel procédé, qui a pour effet de dissocier les résultats retirés de la gestion par les cogérants de ceux obtenus par la société, doit être apprécié de manière rigoureuse dès lors qu'il aboutit en fait à rompre gravement l'équilibre entre le sort réservé aux gérants associés à plus de 90 % et celui des associés minoritaires ; que ce procédé a eu, en l'occurrence, pour effet de faire perdre toute consistance patrimoniale aux parts détenues par les associés et à stériliser pratiquement la valeur de celles attribuées aux porteurs de parts minoritaires ; que l'interprétation donnée par les prévenus à une clause des statuts, qui eût dû être appréciée par eux dans le sens le plus favorable à l'intérêt de la société, constitue un abus de pouvoir, alors qu'elle a abouti à mettre en déficit la personne morale dont ils étaient mandataires, par le seul jeu des avantages consentis aux cogérants et à compromettre gravement ainsi l'équilibre entre la valeur de chacune des parts sociales selon que leur groupement était de nature ou non à influer sur la répartition des résultats ... ».

---

322 Paris, 6 fév. 1970, inédit, cité par PINOTEAU, précité.

323 Trib. corr. Seine. 3 avril 1969, inédit, cité par TOUFFAIT, ROBIN, AUDUREAU et LACOSTE, *op. cit.*, p. 260.

Cette décision a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris [324] du 6 février 1970, approuvé lui-même par un arrêt de la Chambre criminelle du 19 octobre 1971 [325] : « Attendu qu'après avoir énoncé ... que les frères D... possédaient plus de 80 % des parts de la société à responsabilité limitée Delacoste et Cie, et pouvaient ainsi faire prendre à leur gré par l'assemblée des associés toute décision qui leur était favorable sans que la minorité puisse s'y opposer efficacement, les juges du fond ont relevé que les prévenus avaient fait modifier les statuts afin de leur permettre de recevoir une rémunération, outre un traitement mensuel et une indemnité mensuelle pour les frais proportionnels ..., un pourcentage sur le chiffre d'affaires qui, fixé à l'origine à 0,40 %, avait fini par dépasser 0,80 % ; que de plus, n'ayant pas fait préciser l'assiette du chiffre d'affaires sur lequel le pourcentage devait être calculé, les frères avaient considéré le chiffre d'affaires toutes taxes incluses et s'étaient aussi attribués un pourcentage sur le montant de taxes qui, dues par la société au fisc, n'avaient, à aucun moment, été acquises à la société, tandis qu'avant la modification des statuts imposée par eux ils n'avaient droit qu'à un pourcentage à prélever sur le bénéfice avant leur distribution, solution qui encourageait à une saine gestion commerciale et, par voie de conséquence, favorisait les intérêts de la société. »

Cet arrêt qui ne fait que consacrer une jurisprudence bien établie sur cette matière doit être, à notre avis, entièrement approuvé. Il en découle une conception selon laquelle les cours et les tribunaux ne voient une faute à l'encontre des dirigeants sociaux que lorsqu'ils mettent aux prises leur intérêt personnel avec les intérêts de la société et donnent la priorité à leur propre intérêt. D'ailleurs, chaque fois que le caractère abusif du pourcentage sur le chiffre d'affaires n'est pas clairement défini, la jurisprudence s'est refusée à y voir un délit. Dans l'affaire de « Geoffrey, l'aliment sain », le Tribunal correctionnel de la Seine a dit « ... qu'il ne paraît pas cependant, malgré l'importance des sommes qu'ont ainsi touchées les époux G... et les conditions dans lesquelles un conseil d'administration à leur ordre a arrêté leur rétribution, que ces prévenus aient imposé à leur société des versements excessifs, c'est-à-dire sans rapport avec les tâches qu'ils accomplissaient effectivement pour elle, qu'on ne saurait, en conséquence, retenir ce fait à leur charge ... » [326].

De toutes ces diverses constatations, il faut approuver les conclusions tirées par Pinoteau [327] :

---

[324] La Cour d'appel avait aussi trouvé cette rémunération abusive parce qu'elle ne liait pas l'intéressement du mandataire à une saine gestion fondée sur la recherche d'un bénéfice, mais à une politique de vente plus ou moins aventureuse.

[325] *Bull. crim.*, 1970, nº 272, p. 670.

[326] Cité par PINOTEAU, « A propos de la rémunération des dirigeants des sociétés », précité.

[327] PINOTEAU, *ibid.*

1. On ne peut poser en principe que le seul fait, pour un administrateur ou gérant, d'accorder ou d'accepter une rémunération calculée sur le chiffre d'affaires constitue une faute civile ou pénale.

2. On doit admettre, toutefois, que ce mode de rémunération a bien souvent pour effet d'opposer les intérêts des administrateurs ou gérants qui en bénéficiaient à ceux de la société qu'ils dirigeaient et les poussent à sacrifier les intérêts sociaux à leurs intérêts propres. C'est donc à tout le moins une pratique dangereuse et souvent une erreur.
   Nous pensons que ce mode de rémunération, quoi qu'il soit assez stimulant pour les dirigeants de la société, doit être de plus en plus évité, voire même banni.

3. La responsabilité civile et éventuellement pénale des administrateurs et gérants qui accordent de tels avantages ou en bénéficient se trouve engagée dans tous les cas où leur décision pourra être considérée comme ayant conduit à favoriser de tels abus.

L'usage abusif du crédit de la société a été aussi retenu par la jurisprudence comme constitutif du délit. Les décisions à ce propos sont beaucoup moins nombreuses que celles relatives à l'usage abusif des biens sociaux.

Ont constitué des actes d'usage abusif du crédit de la société :

— La caution d'une dette personnelle du mandataire social [328].

— L'aval par la société d'effets émis sans contrepartie [329].

— L'acceptation de la souscription d'effets au profit de créanciers personnels [330].

---

328 Cass. crim., 10 mai 1955, *Bull. crim.*, n° 234, p. 422.

329 Cass. crim., 21 déc. 1954, *Bull. crim.*, n° 422, p. 727.

330 Trib. corr. Seine, 15 fév. 1950, *Rev. soc.*, 1950, p. 304. Dans le même sens, Cass. crim., 10 nov. 1964, *Bull. crim.*, n° 291, p. 621 ; J.C.P. 1965,II.14164, note R.D.M., D. 1965.43. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation a approuvé la condamnation du président d'une société anonyme qui « en souscrivant un billet à ordre et une lettre de change au profit de ses propres créanciers a délégué à la société deux de ses propres dettes dont le montant était de beaucoup inférieur au solde créditeur de son compte courant légalement exigible à tout moment, alors que s'il lui était loisible de prélever sur la caisse sociale dans les limites de son compte courant les sommes dont il avait personnellement besoin, pourvu toutefois que la société ne fût pas en état de cessation de paiements, sa situation de créancier de la société ne l'autorisait aucunement à user du crédit de celle-ci dans des conditions qui l'exposaient à un risque de perte et qui devaient, en fait, consommer sa ruine. » Voir aussi à ce sujet « Le délit d'abus des biens sociaux et comptes-courants des associés » de Ch. Lesueur, in *Gaz. Pal.*, 1957, II. Doct. 73.

Commentaires sur quelques décisions d'espèce rendues par la 11e Chambre du Tribunal correctionnel de la Seine [331]

Convaincu d'avoir dissimulé une partie des recettes de la société qu'il administrait, un gérant de société à responsabilité limitée faisait plaider qu'en dépit des apparences la société était inexistante, que l'entreprise était en réalité son affaire personnelle et que, de ce fait, il ne pouvait avoir commis un abus des biens sociaux.

Le tribunal, après avoir contesté la réalité de cette affirmation en se fondant sur un certain nombre de faits, contesta également en droit l'exactitude de cette thèse dans les attendus suivants [332] : « Attendu en second lieu et surtout que R... commet une erreur de droit ; qu'il confond les biens de la société avec la société elle-même ; qu'une société existe dès l'instant où elle a été légalement constituée, qu'elle a, dès ce moment, sa personnalité juridique et que le fait qu'un des associés devient son bailleur de fonds exclusif et son créancier pour des sommes peut-être considérables ne change rien à cette situation de droit. »

Dans le même esprit, le jugement rendu le 11 janvier 1955 par le même tribunal est également intéressant.

Deux associés gérants d'une société à responsabilité limitée, agissant en plein accord, avaient volontairement omis de comptabiliser des recettes et s'en étaient partagés le montant. Ils faisaient plaider que, seuls associés, ils n'avaient fait que se répartir irrégulièrement des bénéfices et que, leur société n'ayant subi aucun préjudice, ils ne pouvaient être considérés comme ayant commis un acte contraire à l'intérêt social.

Le tribunal a cependant prononcé une condamnation de ce chef pour les motifs suivants :

« Mais attendu qu'une société à responsabilité limitée constitue une personne morale dont le patrimoine est indépendant et entièrement distinct de celui des associés porteurs de parts, qu'il est donc interdit aux associés de disposer de tout ou partie du patrimoine social à leur profit clandestinement en omettant soigneusement de porter en comptabilité la cause et le montant des prélèvements ; qu'au surplus on ne conçoit pas la possibilité de distribuer régulièrement les bénéfices d'une société sans établissement préalable d'un bilan complet et sincère qui peut seul faire ressortir s'il existe des bénéfices et quel est leur montant. »

Il semble bien qu'en l'absence d'un préjudice effectif l'acte contraire à l'intérêt social réside ici dans un certain comportement de nature à faire courir des risques au patrimoine social pour satisfaire aux intérêts personnels des gérants.

---

[331] La plupart des décisions rapportées dans ces paragraphes sont inédites. Pinoteau les a citées et commentées. Nous lui empruntons certains de ses commentaires.

[332] Seine, 11e Ch., 16 mai 1952.

On pourrait également considérer que ces agissements frauduleux constituent des actes contraires à l'intérêt social, en ce sens qu'ils exposent la société à de lourdes sanctions fiscales dans le seul intérêt des associés gérants.

Le jugement rendu par la 11e Chambre du Tribunal correctionnel de la Seine, le 6 janvier 1954 (affaire Percy), est aussi d'un grand intérêt.

Un gérant de société à responsabilité limitée avait accepté d'accueillir dans son appartement le siège de la société et menait de front son activité pour le compte de la société et celle à laquelle il se livrait pour son propre compte.

Or, il arriva que le personnel de la société fut utilisé pour le service personnel du gérant et que le personnel du gérant travailla pour le compte de la société.

Les associés soutenaient que cet échange de services n'était pas équilibré, qu'il en avait résulté un préjudice pour la société et que le gérant, en agissant comme il l'avait fait, s'était rendu coupable d'un abus des biens sociaux.

Le tribunal n'a pas adopté cette manière de voir dans les attendus suivants :

« Attendu qu'il paraît manifeste au tribunal que l'utilisation occasionnelle par Percy du personnel du bureau d'Unithiers a été également connue et tolérée en son temps ; que si cette utilisation a été exagérée et hors de proportion avec la contrepartie fournie par Interimex — ce qui reste à démontrer, le raisonnement de l'expert étant rejeté par le tribunal — un règlement de comptes civils peut sans doute être exigé, mais non devant un tribunal correctionnel ; qu'en effet la preuve de la mauvaise foi de Percy n'est pas rapportée, que bien plus, toutes les présomptions sont en faveur de sa bonne foi ; qu'il manque en conséquence un élément légal essentiel pour caractériser le délit d'abus de biens ; qu'ainsi Percy doit être renvoyé des fins de la poursuite sans peine ni dépens. »

Cette décision montre bien que le point de savoir si un abus des biens sociaux a été commis exige bien souvent la connaissance d'un assez grand nombre de données et ne peut se déduire d'un seul fait.

Dans le cas particulier, le tribunal a estimé que les associés avaient eu connaissance de ces services mutuels, que le gérant avait permis à la société de s'installer gracieusement dans ses locaux, ce qui implique un certain désintéressement, et que dans l'hypothèse même — non démontrée — où cet échange de services se serait traduit par une dette envers la société, on ne trouvait pas, dans cet ensemble de circonstances, les éléments caractéristiques de la mauvaise foi dont l'existence est exigée par le texte légal.

Il est bien difficile, en effet, de mesurer exactement la valeur de services mutuels rendus dans ces conditions, à plus forte raison d'être assuré que dans l'espèce le gérant avait eu connaissance de porter un préjudice à la société.

En décidant comme il l'a fait, le tribunal a donc fait une application sage de la loi et montré sa compréhension de la vie des affaires.

Il ne semble pas douteux cependant, et les termes mêmes du jugement ne s'opposent nullement à cette interprétation, que l'utilisation du personnel par des administrateurs ou gérants constitue très souvent un abus des biens sociaux, qu'il est d'autant plus nécessaire de réprimer qu'il s'agit d'une forme d'abus assez difficile à démontrer et qui peut porter un préjudice considérable aux sociétés.

Dans chaque cas particulier, il convient donc d'examiner minutieusement les conditions dans lesquelles l'utilisation du personnel a été faite pour se prononcer.

Le jugement rendu par la 11e Chambre dans l'affaire J... J... le 31 mai 1954 (inédit) présente un intérêt en ce sens qu'il s'oppose en quelque sorte à la tendance trop souvent constatée de considérer qu'un acte est contraire à l'intérêt social, simplement parce qu'il a été accompli entre la société d'une part, le gérant ou les administrateurs de cette société d'autre part, ou leurs proches parents, sans examiner suffisamment s'il est démontré d'une manière irréfutable que l'acte était effectivement contraire à l'intérêt social comme l'exige le texte légal.

Dans l'espèce, il était reproché à un gérant de société à responsabilité limitée devenu liquidateur de la société d'avoir vendu à un sieur B... le fonds de commerce social, lequel B... fit quelques mois plus tard apport dudit fonds à une société dans laquelle le gérant et sa mère furent associés.

L'accusation prétendait voir un abus de biens dans la cession consentie par le gérant, au motif que la vente n'aurait pas été faite au juste prix.

Le tribunal n'a pas admis cette thèse en faisant état des considérations suivantes :

« Attendu qu'il n'apparaît pas possible au tribunal de considérer comme un abus de biens sociaux la vente d'un fonds de commerce réalisée au grand jour, en observant toutes les prescriptions légales, en donnant aux personnes qui auraient pu se croire lésées toutes facilités pour intervenir et en prévoyant un prix de vente dont rien ne démontre avec certitude qu'il ne fut pas un juste prix. »

On doit également considérer comme particulièrement intéressant le jugement rendu par la 11e Chambre du Tribunal de la Seine le 13 décembre 1955 [333].

Un gérant était prévenu d'avoir commis un abus de biens sociaux au motif qu'il avait consenti des avances à une société filiale dans laquelle il était intéressé, avances qui n'avaient pas été remboursées.

---

[333] Trib. corr. Seine, 13 déc. 1955, D. 1957.519.

Dans ses attendus, le tribunal qui a relaxé le prévenu a fait une analyse minutieuse des conditions dans lesquelles les prêts avaient été consentis et a fait ressortir nettement qu'en dépit de certaines apparences le délit n'était pas caractérisé.

Voici quelques passages de cette décision :

« Attendu que les conclusions du rapport d'expertise, reprises par l'accusation, donnent l'impression que l'expert a considéré que le délit d'abus de biens sociaux était un délit formel pour lequel il suffisait de prouver que ses éléments matériels étaient réunis ; que si tels ont bien été la pensée de l'expert et l'esprit de la prévention, le tribunal ne saurait les suivre, le délit d'abus de biens sociaux étant au contraire un de ceux qui exigent le plus impérativement la constatation de l'intention frauduleuse, que le législateur, pour le caractériser, a non seulement employé l'expression traditionnelle de « mauvaise foi », mais a encore ajouté « usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de la société », marquant ainsi avec encore plus de force sa volonté de ne pas mettre obstacle aux relations normales entre sociétés ayant des administrateurs communs et son désir de ne sanctionner que les actes frauduleux ;

» Attendu qu'en l'espèce la société E.M.C. (qui, d'après la prévention, aurait été sacrifiée par G...) avait des intérêts bien plus considérables que ceux de G... dans la société favorisée puisqu'elle en était majoritaire ; ... qu'enfin le poste bien rémunéré de président directeur général de E.M.C. était beaucoup plus avantageux pour G... que celui d'administrateur sans tantièmes ni jetons des entreprises M. S. ; que tout indique donc que l'intérêt personnel de G... n'était pas de sacrifier E.M.C. aux entreprises M. S., mais bien plutôt l'inverse ; que G... en avait pleinement conscience comme le prouve la décision du conseil d'administration d'E.M.C. du 10 novembre 1950, prise sur son initiative et aux termes de laquelle E.M.C. se refusait à s'engager plus avant ; que si, en définitive, il dut passer outre, comme d'ailleurs dut passer outre son conseil d'administration, ce fut bien, comme il le soutient, parce qu'il s'est trouvé en présence d'une pression économiquement irrésistible et que la ruine de la société E.M.C. eût été consommée s'il n'avait cédé à cette pression de son banquier ;

» Attendu, en résumé, que l'information ne rapporte pas la preuve que G... ait, en favorisant la société entreprises M. S., servi un intérêt personnel distinct de celui de sa société E.M.C. ; que tout acte de G... en faveur des entreprises M. S. devait profiter à E.M.C. avant de profiter à G... puisque les intérêts de E.M.C. dans les entreprises M. S. étaient beaucoup plus considérables que ceux de G... dans la même société ;

» Attendu que l'on peut, certes, estimer que G... a commis des erreurs d'appréciation, qu'il a manqué de clairvoyance et de fermeté morale et que ses fautes ont préjudicié E.M.C., mais que ce sont là des fautes de gestion de nature purement civile dont l'appréciation et la sanction appartiennent aux seules juridictions civiles ; que ces fautes, même à les supposer lourdes, même

à les croire inexcusables, ne pourraient suffire à caractériser le délit d'abus de biens sociaux prévu et réprimé par l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 qui ne prend pas en considération la gravité de la faute ou du préjudice causé par cette faute, mais qui exige un véritable détournement par usage abusif, détournement réalisé de mauvaise foi par des gérants qui savaient que cet usage des biens sociaux était contraire à l'intérêt de la société, mais favorable à leur intérêt propre ou à celui d'une autre société dans laquelle ils étaient intéressés ;

» Attendu qu'il n'est toutefois pas possible de poser en principe comme le souhaiterait la défense, qu'il ne saurait y avoir, par définition, d'abus de biens sociaux lorsque la société favorisée est une filiale ; que s'il est vrai que l'abus de biens sociaux est particulièrement difficile à caractériser lorsqu'il s'agit d'une filiale, il n'en demeure pas moins que l'on peut concevoir des cas où le gérant aurait plus d'intérêt personnel à la prospérité de la filiale qu'à celle de la maison mère et sacrifierait délibérément celle-ci à celle-là pour satisfaire son intérêt ; que tout est donc cas d'espèce, etc. »

Ces attendus nous intéressent, dit M. Pinoteau, en ce sens qu'ils mettent l'accent sur la nécessité de procéder à une analyse approfondie des conditions dans lesquelles un acte a été accompli pour apprécier s'il est, ou non, contraire à l'intérêt social au sens de la loi et si son auteur a été de mauvaise foi en l'accomplissant.

Cela permet notamment de se rendre compte qu'un examen trop superficiel des faits et l'absence d'informations complètes et précises des circonstances qui ont entouré l'accomplissement d'un acte peuvent conduire à des erreurs d'appréciation regrettables.

Le caractère intentionnel du délit, la conscience que doivent avoir ses auteurs en l'accomplissant de son caractère nuisible à l'intérêt social sont, d'autre part, fort justement soulignés.

Il faut ajouter que le point de savoir si un acte est, ou non, contraire à l'intérêt social et s'il a été accompli de mauvaise foi ne peut que rarement se déduire d'un seul fait, car la vie des affaires comporte bien souvent des obligations qu'une vue superficielle des choses ne permet pas toujours d'apercevoir et certaines opérations peuvent se justifier en dépit de leurs apparences.

L'application de ce principe est confirmé par une jurisprudence plus récente :

Pour juger de l'usage abusif des biens ou du crédit d'une société, il convient de replacer l'usage incriminé dans son contexte industriel ou commercial et de considérer l'ensemble des rapports ayant existé entre ces deux sociétés.

De ce fait, si deux sociétés se trouvent placées l'une par rapport à l'autre dans une situation telle qu'elles ont intérêt à se soutenir réciproquement, le gérant de l'une d'elles, société à responsabilité limitée, peut utiliser la

trésorerie de l'autre société, dès lors que, d'après les conditions dans lesquelles l'opération s'est déroulée, aucune des deux entreprises ne peut être considérée comme ayant été frustrée [334].

La Cour de cassation [335] considère comme ayant été à juste titre condamné pour usage abusif du crédit de la société le président d'une société anonyme qui, en souscrivant « un billet à ordre et une lettre de change au profit de ses propres créanciers, a délégué à la société deux de ses propres dettes dont le total était de beaucoup inférieur au solde créditeur de son compte courant légalement exigible à tout moment, alors que s'il lui était loisible de prélever sur la caisse sociale la somme dont il avait personnellement besoin, pourvu toutefois que la société ne fût pas en état de cessation de paiement, sa situation de créancier de la société ne l'autorisait aucunement à user du crédit de celle-ci dans des conditions qui l'exposaient à un risque de perte et qui devaient, en fait, consommer sa ruine ».

Cette dernière décision qui semble particulièrement rigoureuse ne fait qu'appliquer le principe selon lequel les dirigeants de sociétés doivent, dans la conduite des affaires sociales, n'user pour eux-mêmes que de procédés qu'ils utiliseraient envers d'autres, en ayant d'abord en vue l'intérêt de la société. Dans le cas particulier, le président du conseil d'administration avait bien un droit de créance sur la société, mais il en a usé dans des conditions contraires à l'intérêt de celle-ci, n'ayant en vue que son intérêt personnel.

L'utilisation abusive des biens de la société, dans un but personnel, est suffisant pour caractériser le délit d'abus des biens sociaux, alors même que l'utilisateur n'aurait pas eu la volonté de se les approprier définitivement. L'approbation des associés ne saurait faire obstacle à l'établissement du délit [336].

Enfin, un jugement du 11 mai 1955, rendu par le Tribunal correctionnel (11e Chambre), pose un certain nombre de principes intéressants.

Il rappelle, en premier lieu, que le délit d'abus des biens et du crédit d'une société n'est pas purement formel.

Il souligne que la répression de cette infraction ne doit pas être faite dans des conditions telles qu'elles interdiraient pratiquement toutes conventions entre deux sociétés ayant des administrateurs communs ou entre la société et l'un de ses administrateurs.

Il précise que la ratification des actes fautifs par l'assemblée générale ne peut protéger leurs auteurs contre la répression pénale, et il pose également en principe que c'est aussi au moment où l'acte a été accompli qu'on doit se placer pour apprécier s'il est ou non contraire à l'intérêt social.

---

334 Trib. corr. Paris, 11e Ch., 5 juillet 1960, J.C.P., 1961, éd. C.I. 69082.

335 Cass. crim., 10 novembre 1964, D. 1965.43.

336 Amiens, 11 juillet 1962, précité.

Commentant cet arrêt (J.C.P., 14 décembre 1955, 8973), M. le professeur Bastian s'exprime ainsi :

« S'agissant de deux sociétés dont les intérêts doivent être également défendus par les administrateurs communs, il faut se montrer assez large et ne pas se placer exclusivement du côté de l'une ou de l'autre des deux intéressées : comme l'a bien vu le tribunal, c'est l'ensemble de la convention qu'il faut examiner, pour déterminer si elle est raisonnablement équilibrée, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle est intervenue ; c'est alors seulement, en effet, que l'on peut dire si l'administrateur a eu ou non conscience d'agir au détriment de l'une des sociétés et en faveur de l'autre. C'est naturellement au jour de l'acte incriminé qu'il faut se placer pour apprécier cette situation : peu importe qu'ensuite la convention devienne désavantageuse pour l'une des contractantes (cf. J. cl. sociétés, fasc. 132 bis, nº 18) ; tel était précisément le cas en l'espèce, où la S... n'a pu trouver de clientèle pour l'écoulement des machines qu'elle avait rachetées. »

Les différentes décisions rapportées posent des principes intéressants et qui sont de nature à faciliter l'interprétation du texte de l'article 437-3 de la loi du 24 juillet 1966.

Toutefois, certaines d'entre elles semblent poser des principes qui ne peuvent recevoir leur application dans tous les cas.

La nécessité d'apprécier un acte en tenant compte des conditions dans lesquelles il a été accompli s'impose donc impérativement. Et cette évidence se dégage clairement de l'analyse de la jurisprudence.

C'est pourquoi, ainsi que nous croyons l'avoir montré, il est bien difficile d'affirmer, *a priori*, que tel ou tel acte est contraire à l'intérêt social sans être exactement informé des circonstances de son accomplissement. Nous avons vu d'ailleurs que ce principe avait été appliqué d'une façon particulièrement nette dans certaines décisions que nous venons d'analyser. Il est essentiel et ne doit jamais être perdu de vue en cette matière.

Usage contraire à l'intérêt de la société

Toutes les décisions que nous avons citées, démontrent ce que les tribunaux entendent par usage abusif des biens et du crédit de la société. Pour que le délit soit constitué, il faut que cet usage soit contraire aux intérêts de la société.

La détermination de la qualité d'acte contraire aux intérêts de la société est une question relative et dépend de l'appréciation souveraine des juges

du fond qui doivent, en tenant compte des circonstances de la cause et de la nature même de l'acte incriminé, estimer si l'acte est pour ou contre l'intérêt de la société. La doctrine est unanime sur ce point [337].

La doctrine et la notion d'acte contraire à l'intérêt social

Ici, la doctrine semble être divisée. En effet, une partie de la doctrine estime que, pour qu'un acte soit contraire à l'intérêt social, il suffit « le plus souvent qu'il ait comporté des risques de pertes quelle qu'ait été l'importance de ces risques, risques auxquels l'actif social ne devrait pas être exposé, ou encore qu'il s'analyse en un manque à gagner pour la société » [338]. Pinoteau [339], citant un article de Constantin publié par la *Revue des commissaires de sociétés*, pense que cet auteur partage aussi le même point de vue lorsqu'il donne pour son opinion les motifs suivants :

« D'après MM Rousselet et Patin, pour que l'élément matériel de l'infraction soit constaté, il suffit que l'acte incriminé ait abouti à une perte, si minime soit-elle, ou même ait comporté un risque de pertes quel qu'ait été le peu d'importance de ce risque. Admettre ce point de vue, revient à éliminer des éléments constitutifs de l'infraction le fait que l'acte incriminé doit être objectivement contraire à l'intérêt social, car il n'y a pas d'acte qui ne fasse courir un risque à celui qui l'accomplit. L'infraction se réduirait donc à l'élément intentionnel, qui est cependant purement subjectif. Cette conséquence est certainement fâcheuse ; mais cependant l'opinion de MM Rousselet et Patin nous paraît devoir être retenue ... Toute opération qui risque de faire subir une perte à la société peut donc être retenue comme constituant l'élément matériel de l'infraction prévue par l'article 15-6 de la loi du 24 juillet 1867. Or, c'est pratiquement le cas de toutes les opérations sociales. »

Cette thèse doit être, à notre avis, rejetée. Elle ne laisse aucune liberté d'action aux administrateurs. Il est logique qu'un acte de gestion, conçu avec les meilleures intentions, comporte en soi, un certain risque. Un dirigeant aussi habile soit-il, à moins d'être un futurologue averti, ne peut pas exclure les risques de perte dans les actes courants de sa gestion ; le cours des événements peut en effet déjouer ses prévisions. Or, les administrateurs sont là pour agir et non pas pour s'abstenir de gérer les biens sociaux, craignant les sanctions pénales.

---

337 Pinoteau, « De la notion d'acte contraire à l'intérêt social dans le délit d'abus des biens et du crédit de la société », *Gaz. Pal.*, 1952. I doct., p. 17 ; Constantin, *op. cit.*, p. 674 ; Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 263.

338 Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op cit.*, p. 328 ; Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op.* et *loc. cit.*

339 Pinoteau, *ibid.*

Cette thèse est d'autant plus contestable qu'elle a pour conséquence de sanctionner l'administrateur malchanceux qui n'a pas réussi son « affaire » ; autrement dit, elle réduirait le délit à une erreur de gestion.

Une autre critique est faite par Pinoteau à cette thèse. D'après lui, elle consiste en fait à « juger d'un acte non pas par la manière dont ses effets pouvaient être envisagés, au moment où il fut accompli, mais par les résultats qui en ont découlé » [340].

Une autre partie de la doctrine qui peut être considérée comme libérale choisit comme critère, l'acte de l'administrateur dans son principe et non pas d'après ses résultats [341] : la loi prévoit en effet : « ... un usage qu'ils savaient contraire. » Donc, pour que le délit soit caractérisé, il faut — c'est la condition *sine qua non* de cette thèse — que l'administrateur ou le gérant ait eu nettement conscience qu'en accomplissant l'acte il agissait contrairement aux intérêts de la société.

Par conséquent, pour apprécier si l'acte en question n'est pas conforme aux intérêts de la société, il faut se placer au moment où il a été accompli et non à celui où il a produit ses effets. Cette condition, dit Pinoteau, « conduira à éliminer tous les actes qui se sont traduits par une perte, mais qui auraient pu parfaitement conduire à réaliser des bénéfices ».

Si un acte comporte plus de risques de perte que de chances de gain, il pourra être retenu comme contraire à l'intérêt de la société s'il est manifeste que l'administrateur qui l'a accompli, ou la société dans laquelle il avait des intérêts, en a retiré ou pouvait en retirer un profit.

Cette opinion doit être approuvée dans son ensemble [342]. Elle est juste, logique et équitable et laisse surtout toute liberté aux administrateurs et aux gérants. Elle ne réduit pas le délit au seul élément intentionnel.

Donc, le critère de l'acte contraire à l'intérêt de la société étant une notion relative, il est dès lors très difficile, voire même impossible, de définir précisément ce qu'est l'usage contraire à l'intérêt social. Un acte peut être conforme ou contraire à l'intérêt de la société suivant les circonstances politiques, financières, économiques, nationales ou internationales, mais aussi d'après le tempérament et les réactions de chacun.

L'acte contraire à l'intérêt de la société et la loi

Le législateur fait, à notre avis, une ébauche de distinction entre les actes qui présentent, de par leur nature même, plus de risques pour la société. Certains actes sont de nature préjudiciable à la société, raison pour

---

340 Pinoteau, précité, p. 167.

341 *Ibid.*

342 Larguier, *op. cit.*, p. 276, Launais et Accarias, *op. cit.*, p. 234, nº 273.

laquelle la loi a pris la précaution, soit de soumettre leur accomplissement à l'autorisation préalable de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, soit de les interdire.

L'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 soumet à une autorisation préalable du conseil d'administration toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux. Il en est de même des conventions auxquelles un administrateur ou un directeur général est indirectement intéressé, ou dans lesquelles il traite avec la société par une personne interposée. Sont soumises également à autorisation du conseil d'administration les conventions entre une société et une entreprise, si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise.

La convention portant sur des opérations courantes [343], conclues à des conditions normales, ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 101 précité. D'après la jurisprudence, chaque autorisation préalable du conseil d'administration exige une délibération spéciale dudit conseil, et une autorisation pour une durée indéfinie ne constitue pas une autorisation préalable et équivaut à l'absence d'autorisation [344]. L'article 106 de la loi précitée interdit aussi aux administrateurs, sous quelque forme que ce soit, de contracter des emprunts auprès de la société, ou de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce, conclues à des conditions normales.

La même interdiction s'applique aux directeurs généraux et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs.

Le rôle de l'assemblée générale dans la détermination de l'intérêt social
Etude de la jurisprudence

Depuis la création du délit d'abus des biens sociaux, la détermination de la notion d'usage contraire à l'intérêt de la société a fait naître le problème de savoir à qui revient le pouvoir d'apprécier cet intérêt. Est-ce au juge, défenseur de l'ordre social, qui agit exclusivement et en toute souve-

---

343 D'après une réponse ministérielle « les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité. Pour déterminer si une opération est conclue dans des conditions normales, il convient, semble-t-il, de tenir compte des conditions dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables non seulement dans la société en cause mais aussi dans les autres du même secteur d'activité. » *J.O.*, Déb. Ass. nat., 3 avril 1969, p. 870.

344 Paris, 23 nov. 1955. D. 1956, 290, note Goré.

raineté ? Est-ce à l'assemblée générale ordinaire, organe principal et représentatif de la société qui reçoit de la loi une compétence pour délibérer sur les affaires sociales ? C'est une question à laquelle nous allons essayer de répondre à travers une affaire qui, pendant près de dix-huit ans, a occupé les différentes instances juridictionnelles en France. Il s'agit, en l'espèce, de l'affaire de la Société des Grands Hôtels de Vichy. Les administrateurs de cette société étaient poursuivis par un des actionnaires pour usage abusif des biens sociaux et la présentation de bilans fictifs. Cette affaire a fait l'objet d'un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine [345], du 14 novembre 1958, qui a condamné les administrateurs de cette société du chef d'abus des biens sociaux. La Cour d'appel de Paris [346], statuant en appel, infirma ce jugement par un arrêt du 29 octobre 1959. La Cour de cassation, saisie de l'affaire, cassa l'arrêt de la Cour d'appel de Paris et renvoya la cause devant la Cour d'appel d'Amiens [347] qui, elle, confirma le jugement du Tribunal correctionnel de la Seine.

Les faits

A la suite d'une plainte déposée le 30 novembre 1945, par un des actionnaires de la Société des Grands Hôtels de Vichy (S.G.H.V., en abrégé), une information fut ouverte au Tribunal de Cusset du chef d'infraction à la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes. En 1958, la procédure aboutit au renvoi devant le Tribunal correctionnel de la Seine de tous les administrateurs poursuivis. La partie civile reprochait surtout aux administrateurs d'avoir fait payer par la Société des Grands Hôtels de Vichy tous les frais afférents à leur défense en justice. Le 3 mai 1957, l'assemblée générale de la société a pris la décision selon laquelle elle assurait de son entière confiance ses administrateurs et considérait que la poursuite menée par l'actionnaire de la société contre les membres de son conseil d'administration était contraire aux intérêts de cette société. Par conséquent, l'assemblée générale chargea le conseil d'administration de prendre toute mesure utile à leur défense. Chaque année, l'asssemblée générale approuva les prélèvements faits sur les fonds sociaux pour acquitter les frais dus aux avoués, avocats et experts. Il faut préciser que tous ces frais furent remboursés, augmentés des intérêts de droit, à la société par les administrateurs poursuivis.

L'assemblée générale avait jugé qu'il serait conforme à l'intérêt social de prendre en charge les frais afférents à la défense des administrateurs, mais le Tribunal correctionnel de la Seine ne tint pas compte de l'avis de l'assemblée générale en affirmant ce qui suit :

---

345 Trib. corr. Seine, 14 nov. 1958, D. 1959, 568, note Bonassis.

346 Cour d'appel de Paris, 29 oct. 1959, *Gaz. Pal.*, 1960.I.215, note Launais au *Gaz. Pal.*, 1960. 1. Doct. 44.

347 Amiens, 11 juillet 1962, *Gaz. Pal.*, 1963.I.438, note Launais au *Gaz. Pal.*, 1963.1.Doct., p. 79.

« Attendu, en effet, que les poursuites exercées par le ministère public étaient dirigées non pas contre la Société des Grands Hôtels de Vichy prise en la personne de ses représentants légaux pénalement responsables, mais bien contre les administrateurs eux-mêmes de cette société prévenus d'infractions dont certaines ... étaient susceptibles de nuire à l'ensemble des actionnaires, que précisément la loi du 24 juillet 1867 entend protéger ; qu'ainsi les intérêts des administrateurs, en la circonstance, loin de se confondre avec les intérêts sociaux, en étaient dès l'origine distincts, sinon opposés ;

» Attendu dès lors qu'en utilisant les fonds sociaux pour le paiement de leurs dettes personnelles, les administrateurs ont bien accompli un acte contraire aux intérêts de la société qu'ils représentaient, et ce dans l'intérêt personnel évident ... ».

Et le jugement ajoute que, même si les administrateurs avaient l'intention de rembourser, le délit n'en serait pas moins constitué sous forme d'abus de crédit. Le tribunal ne reconnaît pas la validité du mandat donné par l'assemblée générale au conseil d'administration aux motifs que l'assemblée générale ne peut pas charger le conseil d'administration de commettre une action illégale.

Ce jugement a fait l'objet d'un commentaire très fouillé du professeur Bonassis. Il ne met pas en doute le jugement au point de vue formel et le cite comme « un exemple remarquable de la manière dont les tribunaux savent utiliser la rigueur des textes pour limiter l'arbitraire des mandataires sociaux ». Mais il se demande si les juges n'ont pas trop facilement écarté l'approbation donnée par l'assemblée générale aux mandataires sociaux.

Pour lui, l'intérêt de la société est une notion relative et ne peut être apprécié qu'à travers l'analyse de chaque situation bien concrète. Donc, il devient nécessaire de déterminer en quoi l'acte est contraire à l'intérêt de la société. La Cour de cassation vient de confirmer cette opinion. Elle a cassé un arrêt de la Cour de Paris parce que celle-ci n'avait pas précisé en quoi l'usage fait des biens était contraire à l'intérêt de la société [348].

Par conséquent, il faut examiner quels sont les rôles respectifs du juge et de l'assemblée générale des actionnaires.

Le commentateur admet implicitement que les décisions prises par l'assemblée générale des actionnaires peuvent être contestées devant les tribunaux, cela même dans les cas relatifs à l'application des règles de droit privé [349]. Il en va donc de même, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit de l'application des règles de caractère pénal.

---

348 Ch. crim., 11 mars 1971, précité.

349 Voir S. 1959.134, note Dalsace, Noirel, « *La société anonyme devant la jurisprudence moderne* », 1958, p. 244.

Quant à l'assemblée générale des actionnaires, elle est l'organe pour prendre des décisions importantes et le législateur l'a instituée pour exprimer, en règle générale, la volonté de la société. Encore faut-il dire que sa compétence en matière d'appréciation de l'intérêt général de la société apparaît manifestement, lorsqu'on constate que la loi a fait d'elle le juge des conflits d'intérêts susceptibles de s'élever entre la société et un administrateur [350].

Une question de principe se pose qui, à notre avis, est d'une importance fondamentale. Elle consiste à savoir comment concilier « la nécessité de maintenir le droit du juge saisi de poursuites en abus des biens sociaux, d'apprécier souverainement si les éléments de l'infraction existent et, parmi eux, la contradiction entre l'acte reproché et l'intérêt social », et la « nécessité de tenir compte des décisions de l'assemblée générale des actionnaires ». Cela ne devient possible que si on demande au juge de reconnaître à la décision de l'assemblée générale une « présomption de conformité à l'intérêt de la société ». Le principe de « l'autonomie du droit pénal » n'est aucunement contesté; d'un autre côté, cependant, la structure de la société anonyme et le principe d'après lequel c'est la majorité qui régit la société ne peuvent être vidés de leur sens face au principe de l'autonomie du droit pénal. C'est pourquoi, relève le professeur Bonassis, le juge pénal ne peut écarter les décisions prises par l'assemblée générale que dans deux cas bien précis :

1. Dans le cas où la minorité prouve que la décision de l'assemblée est prise pour servir les intérêts particuliers des associés. C'est-à-dire lorsque la résolution de l'assemblée générale « apparaît entachée d'un véritable détournement du pouvoir ».

2. Lorsque certaines circonstances exceptionnelles interdisent *en droit* à l'assemblée générale de statuer comme elle l'a fait. En droit seulement, car il n'est pas possible de reconnaître au tribunal un pouvoir de contrôler l'opportunité des décisions prises par l'assemblée générale [351].

Nous pensons qu'il faut ajouter aussi le cas où la décision de l'assemblée générale est entachée d'une fraude. Donc, le recours au juge répressif ne doit pas devenir une technique de lutte contre l'exercice de pouvoir dans une société anonyme.

Vu ce qui précède, et conformément à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation [352], le Tribunal de la Seine n'indique pas en quoi la décision de l'assemblée générale de la S.G.H.V. était contraire à l'intérêt de la société. En outre, le jugement n'invoque pas non plus la fraude, mais, bien au contraire, il souligne la mauvaise foi du plaignant.

---

[350] Voir les articles 101 à 107 de la loi du 24 juillet 1966.

[351] *Infra*, p. 176.

[352] Ch. crim., 11 mars 1971, précité.

La Cour d'appel de Paris, saisie en appel, n'a pas suivi le raisonnement du Tribunal correctionnel de la Seine. Elle a considéré que, dans cette affaire, les éléments constitutifs du délit n'étaient pas réunis et que l'autorisation de l'assemblée générale avait eu pour effet d'effacer tout caractère délictuel à cette affaire [353].

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris [354]

« Considérant qu'en fait le conseil d'administration a acquitté de 1951 à 1956 le montant des honoraires des avocats, avoués et experts, soit au total la somme de 6 021 617 francs et qu'à cette époque Louis A ..., qui n'a pu ignorer les résolutions prévues en faveur de son frère et des autres administrateurs, n'a élevé aucune protestation.

» Considérant qu'il échet de souligner que ladite somme de 6 021 617 francs a été remboursée par Jacques A ... à la Société des Grands Hôtels de Vichy le 9 janvier 1958, soit antérieurement à la plainte déposée le 18 du même mois par son frère, et que ce dernier, en assignant seulement les deux prévenus à l'exclusion des autres administrateurs et du principal intéressé n'a pas agi par souci de sauvegarder des intérêts légitimes ; que cette même constatation peut être faite à l'égard de B ... qui s'est constitué partie civile à l'audience.

» Considérant que, même en admettant que les administrateurs peuvent être responsables en exécutant les décisions de l'assemblée générale, il y a lieu de retenir qu'aux termes de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 le délit d'abus des biens sociaux ne peut être retenu qu'à l'égard des gérants de mauvaise foi, ayant fait des biens de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci et ce dans un but personnel pour favoriser une autre société dans laquelle ils seraient intéressés.

» Considérant qu'en l'espèce aucun des éléments du délit n'est établi et qu'en tout état de cause les agissements des prévenus sont exclusifs de toute mauvaise foi de leur part, qu'il échet en conséquence d'infirmer le jugement entrepris. »

Jusqu'à cet arrêt, la jurisprudence ne tenait pas compte de la décision de l'assemblée générale pour apprécier la responsabilité des mandataires.

La Cour de Paris a voulu rompre avec cette tradition. Elle a voulu établir une nouvelle doctrine en fondant son argumentation sur la prise en considération de la décision de l'assemblée générale, ce qui n'est pas un

---

353 Voir la note de M. LAUNAIS, « L'abus des biens sociaux et du crédit de la société par les administrateurs de société anonyme », *Gaz. Pal.*, 1960.1. Doct. 44.

354 Paris, 29 octobre 1959, *Gaz. Pal.*, 1960.1.215.

tort en soi. Certains auteurs ont même qualifié cette décision de la Cour de Paris de « révolutionnaire » [355].

Aux yeux de la Cour, le fait que l'assemblée générale autorise le conseil d'administration à venir au secours des administrateurs poursuivis lave ceux-ci de tout soupçon, la Cour le dit clairement : « Aucun des éléments du délit n'est établi. »

M. Launais [356] signale à juste titre que la Cour de Paris s'étant trouvée impressionnée par sa propre « révolution », a cherché à ouvrir la voie à une limitation des effets de cette « révolution ». Ainsi, après avoir déclaré que les éléments constitutifs du délit n'étaient pas réunis, la Cour a fait un pas en arrière en déclarant « qu'en tout état de cause, les agissements des prévenus sont exclusifs de toute mauvaise foi de leur part ». Autrement dit, elle cherche elle-même à restreindre la portée de sa doctrine. De cette restriction, M. Launais tire la conclusion suivante : « Lorsqu'une assemblée générale des actionnaires a prescrit aux administrateurs d'accomplir, dans l'intérêt social, certains actes, si une telle décision ne peut avoir pour effet de lier le juge qui se livre à une appréciation de cet intérêt, tout au moins crée-t-elle une présomption absolue de bonne foi en faveur des prévenus qui s'y seraient conformés. »

Dans un arrêt du 26 janvier 1961 (inédit), la Chambre criminelle de la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris et renvoie la cause devant la Cour d'appel d'Amiens.

La Chambre criminelle n'a cassé l'arrêt de la Cour de Paris que pour une pure question de forme, ce qui constitue, à notre avis, un avantage en faveur de la doctrine établie par la Cour de Paris, étant donné que la haute juridiction ne la met pas en cause. La Cour de cassation dit : « Attendu, qu'en omettant d'indiquer les circonstances d'où elle déduirait la bonne foi des prévenus, alors que les faits reprochés impliqueraient la connaissance qu'ils avaient de leur caractère abusif, la Cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision prononcée. » De cette phrase, il est permis de déduire que la doctrine établie par l'arrêt n'est pas mise en cause.

La Cour de cassation n'avait pas à donner de directives sur la manière dont cette affaire devait être jugée par la Cour d'appel d'Amiens ; celle-ci était donc libre de dire le droit. Comme le Tribunal correctionnel de la Seine, la Cour d'Amiens a fait abstraction totale de la décision de l'assemblée générale et s'est livrée à la recherche des éléments constitutifs de l'infraction.

En ce qui concerne la notion d'usage abusif, la Cour déclare : « Attendu qu'en l'espèce il y a incontestablement usage des biens sociaux, puisqu'il

---

[355] LAUNAIS, note précitée.

[356] LAUNAIS, « Les pouvoirs de l'Assemblée générale en matière d'abus des biens, et du crédit de la société », *Gaz. Pal.*, 1963.1. Doct., p. 79.

ressort des rapports présentés aux assemblées générales que diverses sommes ont été versées à titre d'honoraires aux conseils des administrateurs et aux experts au cours des exercices 1955 et 1956, qu'il importe peu que lesdits administrateurs aient cru devoir rembourser ces sommes en 1958, alors qu'il y avait eu de leur part une véritable appropriation de celles-ci et qu'au surplus même, en cas de prêt ou d'avance de fonds, il n'y en aurait pas moins usage des biens sociaux au sens de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867. »

La Cour a aussi estimé que l'usage fait par les administrateurs des fonds de la société était « bien contraire à l'intérêt social ; qu'en effet, d'une part la dépense ainsi effectuée était dénuée de toute contrepartie pour la société et, d'autre part, elle avait pour but d'assurer la défense des administrateurs inculpés d'infractions susceptibles de nuire à l'ensemble des actionnaires ».

La Cour d'appel d'Amiens confirme ainsi le jugement du Tribunal correctionnel de la Seine qui n'avait pas tenu compte de la décision de l'assemblée générale, estimant qu'il n'est pas « suffisant qu'une résolution soit votée par la majorité des actionnaires d'une société pour établir d'une façon définitive que l'acte envisagé correspond à l'intérêt social ; que l'on peut éventuellement admettre qu'un tel vote constituerait une présomption en ce sens, les tribunaux conservent un pouvoir d'appréciation, alors surtout qu'il s'agit en l'espèce d'un élément constitutif de l'infraction reprochée ; qu'il appartient donc à la juridiction répressive de statuer sur ce point. »

Par cet arrêt donc la Cour d'Amiens confirme la jurisprudence traditionnelle et se refuse à suivre le Cour de Paris qui, elle, avait admis que la résolution de l'assemblée générale était de nature à faire disparaître toute mauvaise foi de la part des prévenus.

Une étude comparative entre ces différentes décisions fait ressortir que les trois instances ont reconnu que cette affaire pouvait constituer un usage abusif des biens sociaux. La Cour de Paris le reconnaît implicitement, mais les juges de cette cour partent du principe que l'autorisation de l'assemblée générale enlève le caractère délictueux aux agissements des administrateurs.

Quels enseignements faut-il tirer de l'affaire de la S.G.H.V. ?

Les magistrats se sont montrés intransigeants sur la question de la protection de l'épargne des actionnaires. Le refus par le juge de considérer une décision de l'assemblée générale peut s'expliquer par la crainte de voir les dirigeants sociaux s'appuyer sur une majorité d'actionnaires, qui leur est favorable, pour se livrer à des actes abusifs aux dépens de la société. En fait, si on pouvait accepter qu'une décision de l'assemblée générale puisse couvrir tout caractère délictueux, on aurait en quelque sorte enrayé le délit d'usage abusif des biens, puisque par avance on éliminerait les éléments constitutifs de l'infraction, en tout cas la mauvaise foi. Donc, on se trouve face à un dilemne : où se trouve la juste mesure ?

La Cour de cassation n'a pas cru devoir répondre à cette question. En effet, à notre avis, une telle réponse n'existe pas et ne peut jamais exister et nous n'avons du reste pas la prétention d'en proposer une. Cependant, il nous paraît indispensable de défendre, à côté de l'autonomie du droit pénal, la liberté d'action pour la société anonyme, considérée comme une institution. La société est constituée, conformément à la loi, pour atteindre un certain nombre d'objectifs. Il apparaît donc essentiel que ses organes puissent en déterminer librement la politique selon des règles appropriées. Par conséquent, tout interventionnisme du juge, dans l'appréciation de l'opportunité des décisions de l'assemblée générale, serait, à nos yeux, arbitraire. En cela, nous croyons rejoindre le souhait du législateur puisque, lors des débats parlementaires sur le projet de loi qui a donné naissance à la loi du 24 juillet 1966, M. Pleven [357] avait déposé deux propositions d'amendements, dont l'un visait les minorités de blocage, et l'autre les décisions collectives nuisibles à la société. Pour en obtenir le rejet, M. Foyer, garde des Sceaux, évoqua les risques d'un « gouvernement judiciaire des tribunaux ». Et, laissant entendre que l'intérêt social est un concept trop fluide pour être codifié, M. Foyer, garde des Sceaux, a estimé que, plutôt que d'associer impérativement les magistrats à la gestion de la société par un texte, mieux vaut se fier à leur réalisme et à leur sens du cas.

Pour tenter de résoudre le dilemme dont nous avons fait état plus haut, M. Launais [358] propose d'adopter un « compromis » : il est en effet indispensable d'empêcher qu'une décision de l'assemblée générale ne vienne arbitrairement contrecarrer le recours à l'action publique. Pour ne pas entraver la liberté de décision de l'assemblée générale, il faut faire une distinction entre les votes acquis antérieurement aux actes incriminés, à l'exclusion de ceux qui interviennent *a posteriori*. Si, par des votes préalables, l'assemblée générale considère que tel acte est conforme à l'intérêt social, cet acte ne serait pas abusif et ne devrait pas tomber sous le coup de la loi pénale et, dès lors, l'action publique ne serait pas stoppée mais manquerait, au départ, de base légale. Par contre, un vote postérieur peut être suspect, car il pourrait être destiné à couvrir une activité coupable. M. Launais cite à l'appui de cette thèse l'arrêt de la Cour de Paris [359] qui, semble-t-il, a tenu compte de cette distinction.

Nous ne pensons pas pouvoir accepter une telle distinction ; en effet, rien ne prouve que le vote acquis antérieurement à un acte incriminé ne soit pas une précaution pour une activité coupable, mais future.

Quant à nous, nous pensons que la limite de l'appréciation de l'intérêt social par l'assemblée générale se trouve dans la loi même. L'assemblée générale des actionnaires reste l'organe suprême de la société qui seule peut

---

[357] *J.O.*, Ass. nat., 12 juin 1965, p. 2031.

[358] Launais, précité (1963.1. doct. 81).

[359] Paris, 29 octobre 1959, précité.

décider si tels actes sont conformes ou non à l'intérêt de la société. Dès lors, le juge répressif ne pourra examiner ces résolutions qu'au point de vue de la légalité. Quant au contrôle de l'opportunité, il rentre précisément dans la compétence de l'assemblée générale. L'autorité répressive ne saurait donc intervenir pour juger de la conformité de l'acte à l'intérêt social, étant entendu que par définition il s'agit de question d'opportunité, ce qui limite le rôle du juge à l'examen de la légalité.

Pour résumer, si le contrôle de l'opportunité lui échappe, le juge n'en doit pas moins « contrôler si les décisions de l'assemblée générale n'ont pas été acquises au mépris des règles établies pour assurer le respect des droits de tous et dans le seul intérêt de la majorité » [360].

II. *Intérêt personnel*

Le seul usage des biens sociaux contraire aux intérêts de la société ne suffit pas à constituer le délit d'usage abusif des biens et du crédit de la société. Le législateur a posé une autre condition, celle de l'existence d'un intérêt personnel. L'usage abusif doit être fait dans un intérêt personnel ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle les personnes responsables sont intéressées directement ou indirectement. C'est un élément constitutif supplémentaire relatif au mobile de l'acte [361].

L'intérêt personnel dans la doctrine

Une partie de la doctrine ne reconnaît pas l'opportunité de cet élément. Pour MM Rousselet et Patin, il aurait été plus sage de « réprimer tout usage abusif des biens et du crédit social, dès lors que son auteur savait que cet usage est contraire à l'intérêt de la société. En exigeant de plus que l'auteur de l'acte abusif ait agi dans un intérêt personnel elle restreint le champ d'application de l'article » [362]. D'autres auteurs [363] pensent que cet élément n'est qu'une condition supplémentaire, qui ne fait que restreindre dans une certaine mesure le champ d'application de l'article, et n'attachent pas à cette condition une portée aussi importante que l'on pourrait imaginer. Pour

---

360 Cass. Ch. comm., 16 octobre 1963, *Rev. soc.*, 1963, p. 37. Dans le même sens, voir Bouloc, note sous cass. crim., 9 mars 1973. D. 1974, p. 271, « La Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que la rémunération du gérant, décidée par l'assemblée des associés ne pouvait pas être modifiée par le juge dès lors qu'il n'était pas établi que la décision des associés était irrégulière et abusive ».

361 Launais et Accarias, *op. cit.*, p. 238.

362 Rousselet et Patin, *op. cit.*, p. 220.

363 Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op. cit.*, p. 329.

ces auteurs, « le délit est caractérisé dès que l'acte auquel le dirigeant social s'est livré présente soit pour lui, soit pour une société ou entreprise dans laquelle il a des intérêts, un avantage probable ou même simplement possible » [364].

La même opinion est confirmée par Verdier, mais il reconnaît qu'en pratique cette exigence n'est pas aussi restrictive qu'elle paraît au premier abord [365]. Cette thèse est aussi partagée par MM Touffait, Robin, Audureau et Lacoste [366].

A notre avis, elle ne semble pas fondée. Le fait de ne pas vouloir considérer l'intérêt personnel comme un des piliers du délit d'abus de biens sociaux équivaudrait à ne pas reconnaître le délit même. Sans cet élément, ce délit se transformerait plus ou moins en délit d'abus de confiance.

Il a été observé qu'en sanctionnant les abus commis par les dirigeants sociaux dans un intérêt personnel, la loi a voulu distinguer l'abus de confiance de l'abus des biens sociaux [367].

L'abus de confiance est caractérisé par le détournement ou la dissipation d'objets confiés à charge de les rendre ou représenter ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé [368]. Il s'agit donc de tout acte de la part du possesseur précaire manifestant sa volonté d'intervertir sa possession et de se comporter désormais en tant que propriétaire de la chose.

La jurisprudence n'a jamais exigé, pour que le délit soit constitué, que l'objet détourné ou dissipé ait profité à son auteur [369].

La loi a voulu réprimer l'atteinte juridique au droit de propriété d'autrui, et pour cela il suffit de constater qu'un préjudice même éventuel a été causé au propriétaire de la chose confiée. La Cour de cassation a repris et affirmé ce principe et l'a fait à nouveau préciser dans l'arrêt du 15 mai 1968 [370] en soulignant que « l'article 408 du Code pénal n'exige pas, comme élément constitutif du délit d'abus de confiance, que le prévenu se soit approprié de la chose confiée, ni qu'il en ait tiré un profit personnel ».

Donc, le législateur, en faisant de l'intérêt personnel un des éléments constitutifs du délit d'abus des biens sociaux, marque la différence qui sépare ce délit de celui d'abus de confiance. Dès lors, une question se pose : y a-t-il lieu de craindre que le délit d'abus des biens sociaux ait pour résultat de limiter « l'emprise du droit pénal au lieu de la faciliter », puisque, par défi-

---

364 Patin, Caujolle, Aydalot et Robert, *op.* et *loc. cit.*

365 Verdier, in Hamel, *op. cit.*, p. 210.

366 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 264.

367 Verdier, *op. cit.*, p. 183 ; Bouloc, note sous cass. crim., 16 fév. 1971, *Rev. soc.*, p. 418.

368 Voir Garçon, *Code pénal annoté*, *op. cit.*, art. 408.

369 *Ibid.*

370 Ch. crim., 15 mai 1968, D. 1968. 594.

nition, la constitution du délit exige un dessein personnel ou que l'usage ait eu pour but de favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle l'administrateur a des intérêts à protéger ?

En examinant la jurisprudence relative à l'intérêt personnel, il y a lieu de constater que les cours et les tribunaux ont interprété extensivement cette notion, ce qui a eu pour effet de dissiper une telle « appréhension ».

La loi exige qu'il y ait un usage abusif des biens sociaux dans un intérêt personnel mais, contrairement au délit d'abus de confiance, elle ne tient pas compte du préjudice subi par la société. Le législateur veut protéger les intérêts de la société, les droits des associés et tenir compte en même temps des droits des tiers.

Les divers buts ainsi fixés par la loi expliquent la position assez large des tribunaux dans l'interprétation de la notion d'intérêt personnel. Ils ont jugé que cet intérêt peut être d'ordre matériel, professionnel ou moral.

Les décisions que nous allons citer témoignent de cette interprétation assez large que les cours et les tribunaux ont fait de l'intérêt personnel.

La jurisprudence a d'abord retenu l'intérêt personnel comme un intérêt pécuniaire. Dans un arrêt du 16 mars 1970 [371], la Chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la condamnation d'un président directeur général qui s'était approprié des sommes d'argent en réalisant des ventes sans facture et qui avait mis en circulation, sous le couvert de la société qu'il dirigeait, des effets de complaisance entièrement étrangers à l'activité de la société et qui ne concernaient que ses affaires personnelles. La société a dû subir des frais qui ne lui incombaient pas et elle avait couru un risque auquel son actif ne devait pas être exposé. Dans cette affaire, le président s'était approprié la somme de 146 941 francs qui devait revenir à la société et avait mis en circulation pour plus de 150 000 francs d'effets de complaisance, qui étaient étrangers à l'activité de la société. Le président reprochait à la Cour d'appel de Riom d'avoir retenu le délit sans avoir constaté que les actes en cause avaient été voulus dans un but déterminé et frauduleux et dans un but contraire aux intérêts de la société.

Dans ce cas précis, il n'y a aucun doute, comme le confirme l'arrêt de la Cour de cassation, qu'il y a eu usage abusif des biens, puisque le président s'était attribué une somme qui aurait dû revenir à la société, donc elle avait subi un appauvrissement et, dans tous les cas, la mise en circulation d'effets de complaisance n'avait pas été faite pour servir les intérêts de la société, vu qu'il en avait tiré un profit substantiel [372].

---

371 Crim., 16 mars 1970, « L'affaire de la Société anonyme d'exploitation de la fromagerie des Alpes », *Rev. soc.*, 1970, p. 480 ; J.C.P., 1971,II, 16813, note Bouloc ; *Bull. crim.*, n° 107, p. 245.

372 Le jugement du 1er novembre 1976 du Tribunal criminel de Lausanne dans l'affaire de l'agent immobilier lausannois G. a aussi été rendu dans ce sens (inédit).

La doctrine part de l'idée que l'intérêt personnel peut ne pas être que matériel. En effet, il est permis de considérer « eu égard au laxisme du législateur » [373] que l'intérêt personnel peut être d'ordre professionnel, ou honorifique, ou moral, etc. [374].

M. Bouloc soutient également cette idée ; il écrit à propos de la diversité de la nature du but personnel qu'une telle conception est, sans aucun doute, parfaitement fondée, puisque la loi n'exige pas que l'acte abusif ait causé un préjudice à la société [375].

La jurisprudence n'a pas hésité à suivre la doctrine sur ce point. Dans l'affaire d'Ostertag, la Cour de cassation a considéré que les juges du fond avaient raison de déduire de la confusion des deux patrimoines un intérêt personnel. L'annotateur de cet arrêt souligne par conséquent que l'intérêt personnel peut ne pas être matériel et que « la quiétude personnelle de celui qui avait la charge et l'administration de deux sociétés ne devait pas être obtenue en faisant appel à une des sociétés pour pallier les difficultés de l'autre » [376].

Quelques années plus tard, la Cour de cassation, dans un autre arrêt du 8 mars 1967, a précisé que la simple utilisation abusive des biens de la société dans un intérêt personnel suffit à caractériser le délit d'abus des biens sociaux, en dehors de toute volonté d'appropriation [377].

Bouloc cite un autre arrêt de la Chambre criminelle, qui avait rejeté le pourvoi formé par le président directeur général d'une banque pour avoir consenti irrégulièrement des ouvertures de crédit à son frère ; en effet, en utilisant les fonds sociaux pour sauvegarder sa réputation et celle de sa famille, il poursuivait un but personnel [378].

Dans l'affaire de la commune de Sarcelles, la Chambre criminelle a aussi confirmé sa position quant à l'interprétation et la diversité de la nature de l'intérêt personnel. Elle a précisé que les fins personnelles visées par la loi peuvent être aussi bien morales que matérielles. Dans l'espèce, il s'agissait des agissements du maire de ladite commune, qui était aussi président directeur général d'une société d'économie mixte, dite « Société immobilière du coteau des Chardonnets » ; cette société avait pour but l'édification à Sarcelles d'un ensemble immobilier. Le maire, en sa qualité de président de société, avait emprunté une somme de 6 550 000 francs. Ces fonds étaient

---

[373] Bouloc, note sous Cass. crim., 16 février 1971, *Rev. soc.*, 1971, p. 418.

[374] Rousselet et Patin, précité, p. 22 ; Verdier, *op. cit.*, p. 210 ; Launais et Accarias, *op. cit.*, p. 274 ; Pinoteau, *op. cit.*, p. 182, nº 182 ; Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 264, nº 253.

[375] Bouloc, *ibid.*

[376] Note J. M. sous Cass. crim., 16 janvier 1964 D. 1964, p. 194.

[377] Crim., 8 mars 1967, *Bull. crim.*, nº 94. D. 1967, p. 586, note Dalsace.

[378] Crim., 3 mai 1967, *Bull. crim.*, nº 148, cité par Bouloc, note sous Cass. crim. 16 février 1971, précité.

destinés en priorité à l'acquisition de terrains à bâtir et à leur mise en viabilité. Le maire de la commune, sitôt reçue cette somme, l'avait mise à la disposition d'un entrepreneur qu'il avait choisi pour l'exécution des travaux envisagés. Celui-ci, après l'échec du projet, refusa d'abord de restituer les fonds puis ne fit que partiellement opérer cette restitution. De ce fait, la société d'économie mixte et, par voie de conséquence, la commune de Sarcelles qui, à l'initiative de son maire, s'était portée garante du remboursement des emprunts, subit un préjudice considérable.

La Cour de cassation fit sienne l'opinion des juges du fond qui avaient énoncé que si le maire « avait été si prodigue des fonds sociaux et s'était montré si peu pénétré du sens des responsabilités attachées à ses fonctions, c'était parce que, plus soucieux de ses intérêts personnels de maire que de la société qu'il administrait, il poursuivait le dessein propre d'imposer à tout prix la construction d'un ensemble immobilier qu'aurait pu compenser, sur le plan électoral, les conséquences fâcheuses pour lui de l'implantation de l'ensemble « Sarcelles Lochère » édifié par la Caisse des dépôts et consignations sur sa commune ». Par cet arrêt, qui doit être entièrement approuvé, la Cour de cassation voulait rappeler que l'intérêt personnel visé par l'article 437-3 pouvait être autre que pécuniaire. Enfin, dans un autre arrêt, la Cour de cassation a franchi un nouveau pas en disant que l'intérêt personnel poursuivi par l'auteur d'un délit d'abus de biens sociaux peut être aussi bien moral que matériel et résulter notamment du souci de maintenir et d'entretenir des relations d'amitié avec un tiers [379].

Dans l'affaire des frères Willot, l'intérêt personnel poursuivi était le désir d'augmenter leur audience au sein de la profession en cherchant à s'imposer dans le secteur [380].

Pour conclure, il y a lieu de constater que la jurisprudence a interprété assez largement la notion de l'intérêt personnel prévue par l'article 437-3 de la loi du 24 juillet 1966.

III. *La mauvaise foi*

Pour que le délit soit constitué, il faut que le mandataire ait fait un usage abusif des biens sociaux, contraire aux intérêts de la société, dans un intérêt personnel. Ces deux éléments ne peuvent seuls concourir à la réalisation du délit que si l'administrateur ou le gérant a agi sciemment, sachant pertinemment que son acte était contraire aux intérêts de la société.

---

379 7 mars 1968, *Bull. crim.*, n° 80.

380 Voir *supra*, p. 151.

Il s'agit d'un élément constitutif très important étant donné qu'il exclut du champ d'application du délit d'abus des biens toutes les fautes de gestion commises par l'administrateur ou le gérant.

La mauvaise foi, d'après Constantin [381], doit être concomitante à l'acte incriminé, et doit être considérée comme indépendante des faits ultérieurs. Cela se comprend aisément, car si, après coup, une opération se révèle contraire à l'intérêt de la société alors que le mandataire avait agi de bonne foi, il n'y aurait pas d'infraction.

La mauvaise foi doit être appréciée de cas en cas ; généralement, elle est implicite dans tous les cas où les deux autres éléments sont réunis. Autrement dit, il est difficile pour un mandataire de prouver sa bonne foi, lorsqu'il a fait usage abusif des biens ou du crédit de la société, contrairement aux intérêts de la société, pour en tirer un profit personnel ou pour favoriser directement ou indirectement une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé.

A quel moment faut-il se placer pour apprécier la mauvaise foi ? La doctrine [382] affirme d'une manière unanime que c'est au moment de l'accomplissement de l'acte qu'il faut se placer pour apprécier la mauvaise foi de l'auteur de l'infraction et non pas se borner à constater l'aboutissement malchanceux des opérations commerciales ou financières [383].

Il faut prouver qu'au moment où le mandataire accomplit l'acte, il savait que son action allait faire courir un risque à la société auquel son actif ne devait pas être exposé [384].

D'après Verdier, il serait « exagéré de soutenir que la mauvaise foi pourra être présumée du seul fait que l'administrateur a agi dans un intérêt personnel : l'auteur de l'acte a pu ignorer l'atteinte portée à l'intérêt de la société. Ce que l'on peut dire, c'est que, comme en matière d'abus de confiance, la constatation expresse de la mauvaise foi par le juge n'est pas nécessaire dès lors qu'elle est impliquée par les circonstances de la cause rappelées par la condamnation » [385].

Verdier cite quelques exemples où les tribunaux ont retenu la mauvaise foi. La jurisprudence a aussi admis la mauvaise foi dans les cas suivants : l'anonymat du compte consenti personnellement à l'administrateur ; l'absence ou l'irrégularité des écritures comptables, le grattage des livres ; le refus de restituer, ou simplement l'importance des prélèvements opérés même avec le prétendu désir de restituer [386].

---

381 Constantin, *op. cit.*, p. 650.

382 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 270.

383 Trib. corr. Seine, 11 mars 1955, D. 1956.274, note Autesserre.

384 Lyon, 10 juillet 1950, D. 1951 somm., p. 56.

385 Verdier, *op. cit.*, p. 213.

386 Verdier, *ibid.*

Certains auteurs pensent qu'une présomption de mauvaise foi peut résulter de la clandestinité de l'acte, par exemple lorsqu'il a été dissimulé aux commissaires aux comptes ou parce que son auteur ne l'a pas soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration comme exigé pour certains actes [387].

Pour terminer, il faut aussi rappeler que l'intention de nuire n'est pas exigée par la jurisprudence [388]. Par ailleurs, elle n'a pas pris en considération l'excuse de certains prévenus prétendant se trouver dans l'impossibilité de s'opposer aux agissements délictueux d'un coprévenu [389] et l'accord des associés pour effacer la mauvaise foi d'un mandataire [390].

SECTION V

Modalités de la poursuite et de la répression

§ 1. *La prescription de l'action publique*

A. *Remarques préliminaires*

Le droit pénal des sociétés, dans la mesure où il s'attache au droit pénal général, est un droit dérivé. Aussi, à défaut de dispositions particulières, les principes généraux de droit commun s'appliquent.

En vertu de ce principe, et en l'absence de règles spéciales à propos de la prescription de l'action publique, les règles établies par le Code de procédure pénale sont applicables aux délits spéciaux du droit pénal des sociétés.

Cette règle cependant a été mise en doute par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, Chambre d'accusation, du 30 juin 1961.

M. Larguier, dans un article écrit en l'honneur de feu le professeur Roger Secrétan, remarque ce qui suit : « Au confluent de deux cours d'eaux se produisent en général des remous difficiles à vaincre : il en est de même, *mutatis mutandis*, au point de jonction de deux disciplines... Dans ses contacts avec le droit pénal général, le droit des sociétés commerciales se trouve parfois quelque peu déformé. Mais il arrive aussi qu'il prenne sa revanche, et qu'il imprime un certain gauchissement à telle règle pénale :

---

387 Touffait, Robin, Audureau et Lacoste, *op. cit.*, p. 270.

388 Rennes, 15 mars 1967, J.C.P., 1967.II.15204, note Derredin.

389 Cass. crim., 16 janvier 1964, J.C.P. 1964.II.13612.

390 L'affaire de la S.G.H.V., précitée.

la chose eût été banale à une époque où le droit pénal n'était considéré que comme un ensemble de règles subsidiaires, devant emprunter leurs dispositions fondamentales aux autres branches du droit ; mais elle devient étrange en un temps où, proclamant son autonomie, le droit pénal a ses définitions propres qu'il entend parfois faire prévaloir (à tort ou à raison) contre celles des autres branches. » [391]

La remarque ci-dessus s'applique bien à la fixation du point de départ de la prescription de l'action publique en droit pénal des sociétés, notamment en matière d'abus des biens et du crédit de la société.

Parce qu'il s'agit d'un délit instantané [392], le délai de prescription de trois ans, conformément à l'article 8 du Code de procédure pénale, doit courir normalement du jour où l'acte frauduleux a été commis, ou plus exactement, du lendemain du jour de l'acte frauduleux constitutif du délit d'abus des biens sociaux. Ce principe a été couramment enseigné par la doctrine [393].

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, Chambre d'accusation [394], du 30 juin 1961, remet en cause ce principe. Dorénavant, la prescription de l'action publique, vu la nature du délit d'abus des biens sociaux, ne court plus à partir du moment où l'acte frauduleux a été commis, mais dès le jour où le délit a pu être constaté.

B. *Position de la doctrine*

La doctrine avait déjà souhaité que le départ de la prescription en matière du délit d'abus des biens sociaux soit retardé jusqu'à la découverte du délit. M. Aydalot avait écrit que « la prescription du délit d'abus des biens sociaux est de trois ans ; le délai court du jour où l'acte frauduleux a été effectué par le mandataire social. Toutefois, au cas où cet acte serait demeuré cladestin, il y aurait lieu, à notre avis, d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'abus de confiance aux termes de laquelle la prescription ne part que du jour où les éléments du délit ont pu être découverts et constatés ». [395]

---

[391] Larguier, « Le point de départ de la prescription en matière d'abus des biens sociaux », in *Mélanges Secrétan*, Montreux 1964, pp. 159 et ss.

[392] Un délit est instantané, lorsqu'il est réalisé par une action ou une omission qui s'exécute en un instant et dont la durée n'est pas appréciable. Stéfani, Levasseur, *Droit pénal général*, p. 148, nº 160, Dalloz 1964.

[393] Voir Constantin et Gautrat, *op. cit.*, nº 703 ; Launais et Accarias, *op. cit.*, nº 365.

[394] Paris, 30 juin 1961, D. 1962, p. 393, note Touffait et Herzog. J.C.P. 1962.II. 12783, note Kahn. *Rev. trim. dr. comm.* 1962. 435, observ. Houin, *Rev. sc. crim.*, 1962, p. 761, observ. Bouzat.

[395] Aydalot et Caujolle, *Législation pénale en matière commerciale*, 2e éd., par Aydalot, PUF, 1949, p. 236, cité par Touffait et Herzog in note sous Paris 30 juin 1961.

M. Pinoteau, reprenant les mêmes idées, estime que « rien ne semble interdire d'étendre aux règles de la prescription le parallélisme entre l'abus des biens et l'abus de confiance » [396].

Ces deux auteurs cependant n'ont pu fonder leurs avis sur aucune décision judiciaire. Or, l'arrêt de la Cour de Paris vient exaucer leur vœu.

C. *Position de la jurisprudence*

Les circonstances de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris

Le président directeur général d'une société anonyme avait profité de sa position dans la société pour aider une autre société dont il était également président directeur général : la première société avait remboursé l'emprunt hypothécaire contracté par la seconde, alors que rien ne justifiait une telle générosité. Le président avait également utilisé le même prodécé pour rembourser un emprunt dont il était personnellement bénéficiaire.

La première société fut mise en liquidation judiciaire et, après changement de la direction, un contrôle fut effectué, donnant lieu à des poursuites contre le dit président.

Le remboursement de l'emprunt hypothécaire avait été autorisé par le conseil d'administration le 27 mars 1954, et effectué le 30 avril de la même année pour être comptabilisé le 4 mai 1954. Les remboursements des emprunts personnels avaient été comptabilisés entre le 1er mars 1954 et le 21 octobre 1954.

La liquidation judiciaire avait été prononcée le 17 février 1955, et le changement de la direction avait eu lieu le 28 février 1955, lequel changement devait entraîner un contrôle de la comptabilité.

Une assemblée générale ordinaire, réunie le 10 février 1959, désapprouva les comptes de l'année 1954. Entre-temps, le nouveau président s'était constitué partie civile au nom de la société le 16 février 1958.

La Cour de Paris fut saisie en appel d'une ordonnance de non-lieu rendue le 6 mars 1961 par l'un des juges d'instruction du Tribunal correctionnel de la Seine. Le juge d'instruction avait accordé le bénéfice de la prescription. La Cour de Paris, faisant application de la jurisprudence établie en matière d'abus de confiance, selon laquelle la prescription de l'action publique doit être retardée jusqu'au jour où le délit a été découvert, déclara l'appel recevable. Autrement dit, elle admit, pour la première fois, qu'en matière d'abus des biens sociaux, comme en matière d'abus de con-

---

396 Pinoteau, *Législation pénale en matière économique et financière*, Paris, LGDJ, 1959, nº 399, cité par Touffait et Herzog, *loc. cit.*

fiance, le point de départ du délai de la prescription de l'action publique doit être retardé jusqu'à ce qu'il soit possible de découvrir les éléments du délit.

Sans vouloir examiner plus a fond le problème, rappelons que la Cour de cassation était parvenue à retarder la prescription en matière d'abus de confiance dans des circonstances exceptionnelles, notamment la clandestinité de détournement entretenue par la malignité du délinquant [397].

Il faut aussi remarquer que, contrairement à la jurisprudence relative à l'abus de confiance autorisant l'ajournement de la date du départ de la prescription réservé au cas de la clandestinité, la Cour de Paris n'a pas tenu compte du critère de la clandestinité pour apprécier la date à partir de laquelle la prescription devait courir.

Le régime privilégié de la prescription que l'on veut bien accorder aux victimes d'un acte frauduleux n'est que la contrepartie des difficultés qu'elles ont à découvrir les agissements des administrateurs.

M. Larguier [398] remarque à juste titre que l'éxecution du délit d'abus de confiance peut ne pas être absolument occulte. Si elle l'est par la volonté criminelle du coupable, sinon désireux d'échapper à la prescription, du moins attentif à éviter les poursuites, il devient compréhensible que les juges veuillent sanctionner la clandestinité même des agissements, lorsque celle-ci est ainsi recherchée. Mais « en l'absence de telles manœuvres, il convient de revenir au principe qui est le caractère instantané du délit d'abus de confiance, consommé par l'acte de détournement ou de dissipation » [399].

La Cour de Paris par un « élan excessif » va au-delà de la faveur dont la Cour de cassation entendait faire bénéficier les victimes d'abus de confiance. Si la haute juridiction exigeait la clandestinité — ce qui est logique en soi — la Cour de Paris, en revanche, n'en a pas tenu compte.

Au lieu de dire que la prescription doit courir dès le jour où le délit a a pu être découvert et constaté, elle s'est bornée à se référer au jour où le délit a été effectivement constaté.

Un an après, la Cour d'appel de Rennes [400], dans un arrêt du 26 juin 1962, confirma la nouvelle orientation jurisprudentielle, en disant toutefois que la prescription doit courir à partir du jour où l'acte frauduleux a été commis, mais que si l'acte en question est resté clandestin, la prescription ne commencera à courir qu'à partir du jour où les faits constitutifs du délit auront pu être découverts et constatés.

---

397 Crim., 10 décembre 1925, D.P. 1927.I.79.

398 LARGUIER, in *Mélanges Secrétan*, précité, p. 167.

399 *Ibid.*

400 Rennes, 26 juin 1962, J.C.P. 1962.II.12830. *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 115, observ. BOUZAT.

On remarque que l'application faite par la Cour de Rennes est plus conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, en ce qu'elle tient compte de la clandestinité des actes frauduleux constitutifs du délit.

Le Tribunal de la Seine a dû aussi préciser le point de départ de la prescription. L'intérêt de ce jugement réside dans le fait que le tribunal étend la solution de la Cour de Paris également au délit de la présentation de bilan inexact ainsi qu'au délit de fausse déclaration concernant la répartition des parts sociales [401].

Les circonstances du jugement

Une société avait livré en Belgique une certaine quantité d'alcool payable en francs français. La poursuite soutenait que les acheteurs avaient réglé en francs belges entre les mains de correspondants de la société en Belgique. Le transfert n'était intervenu que quelques années après, postérieurement à une importante dévaluation du franc français. La société n'avait encaissé que le prix stipulé en francs français et non la contre-valeur en francs belges. Il était reproché aux administrateurs d'avoir conservé à leur profit le bénéfice de change.

A supposer que la matérialité des faits ait été établie, l'action publique n'avait été mise en mouvement que plus de trois ans après la date à laquelle avait été passsée dans les livres de la société une écriture soldant définitivement le compte des exploitations belges. Les prévenus prétendaient que la prescription triennale était acquise. Mais le ministère public soutenait qu'il convenait d'étendre à l'abus des biens sociaux la jurisprudence établie par la Cour de Paris.

Le Tribunal de la Seine dit notamment : « Attendu qu'à titre subsidiaire, les prévenus invoquent à leur profit le bénéfice de la prescription, le réquisitoire introductif daté du 9 novembre 1953 étant postérieur de plus de trois ans à la date supposée de l'infraction.

» Attendu que l'usage d'un bien ne se limite pas à son appréhension et se prolonge au temps durant lequel il reste à la disposition de son détenteur ; que ce n'est donc qu'au terme de cette utilisation qu'en matière d'abus des biens sociaux commence à courir le délai de prescription ; que dès lors qu'un mandataire social a disposé pour lui-même des fonds sociaux, le délai de prescription part, non du jour où il se les est procurés, mais du jour où il cesse de les avoir à sa disposition personnelle. »

Ce jugement confirme l'orientation de la jurisprudence, mais il nous semble qu'en voulant retenir de nouveaux motifs il va plus loin que la jurisprudence établie en la matière. Les juges du tribunal affirment que le

401 Trib. corr. Seine, 2e Ch., 31 oct. 1963, *Gaz. Pal.*, 1964.1.173.

délai part non à partir du jour où le mandataire s'est procuré les fonds sociaux — date de la consommation du délit — mais du jour où il cesse de les avoir à sa dispostition personnelle. En fait, la date retenue par le jugement est plus proche dans le temps, donc plus défavorable pour le mandataire que la date de la consommation du délit.

La doctrine approuve cette solution. Le doyen Bouzat estime qu'« il paraît raisonnable que le point de départ du délai de prescription coïncide avec l'aboutissement de l'intention frauduleuse de disposer des biens sociaux, c'est-à-dire avec le moment où le mandataire social indélicat ne les a plus »[402].

A notre avis, cette nouvelle orientation est critiquable. Nous pensons que le raisonnement des juges du Tribunal de la Seine tend à transformer le délit d'abus des biens sociaux, infraction instantanée, en un délit continu ; alors que les arrêts qui reportent le point de départ du délai de la prescription de l'action publique, affirment le caractère instantané du délit d'abus des biens sociaux.[403] C'est également l'avis de la Cour d'appel de Paris[404], saisie en appel du jugement du Tribunal de la Seine.

La Cour de Paris n'a pas suivi le Tribunal de la Seine. Elle a réformé le jugement en ce qui concerne le point de départ du délai de prescription. Pour elle, le raisonnement des premiers juges modifie complètement la nature du délit d'abus des biens sociaux. La position prise par les premiers juges ferait du délit instantané un délit continu, ce qui est tout à fait erroné. La Cour de Paris estime qu'il y a lieu d'admettre « que le délai de prescription ne part que du jour où les éléments du délit ont pu être découverts et constatés, soit par le Parquet, soit par les mandataires sociaux et les organismes de surveillance, soit par les associés ou les actionnaires. Si plus de trois ans se sont écoulés entre la date des faits reconnus comme délictueux, ou celle à laquelle ils ont pu être découverts ou constatés, et la date à laquelle l'action publique a été mise en mouvement, le délit reproché à un mandataire social est prescrit. » Le jugement du Tribunal de la Seine est resté, à notre connaissance, un cas unique qui a voulu s'écarter de la jurisprudence antérieure. En effet, le principe de l'arrêt du 30 juin 1961 de la Cour de Paris a été largement suivi par les tribunaux [405].

La Cour d'appel de Bordeaux, Chambre d'accusation [406], a aussi consacré la solution désormais traditionnelle. Elle a appliqué la jurisprudence de la Cour de Paris au délit de tenue irrégulière de la comptabilité, de présentation de faux bilans et de défaut d'approbation des comptes. D'après elle, la solution jurisprudentielle doit être adoptée pour ces délits « tout au

---

402 Voir *Rev. trim. dr. comm.*, 1964, observ. Bouzat, p. 428.

403 Touffait, note précitée.

404 Paris, 12 janvier 1965, *Gaz. Pal.*, 1965.1.230 ; *Rev. trim. dr. comm.*, 1965, p. 697, observ. Bouzat.

405 Voir Paris, 18 mai 1965, *Gaz. Pal.*, 1965.2.260 ; *Rev. trim. dr. comm.*, 1966.184.

406 Bordeaux, Ch. acc., 24 mars 1964, J.C.P., 1964.II.13648, note J. Larguier.

moins à l'égard des tiers et notamment des créanciers, lesquels n'ont pu en avoir connaissance qu'au vu de l'expertise ordonnée par le Tribunal de commerce ; car, auparavant, ils n'avaient pas la possibilité de vérifier ou de faire vérifier le comptabilité de la société ni de faire procéder à une évaluation des stocks ».

Nous allons maintenant nous occuper d'un cas qui a été jugé par la Cour d'appel de Lyon dont l'arrêt a été traduit devant la Cour de cassation. Il devient ainsi intéressant de connaître, à travers cet arrêt, la position de la haute juridiction à propos de la jurisprudence établie par une Cour d'appel. Nous avons rapporté à maintes reprises que les tribunaux avaient adopté cette jurisprudence, mais les uns tenaient compte du critère de la clandestinité, alors que les autres recherchaient seulement le jour où le délit avait été effectivement constaté.

Le président directeur général d'une société avait une promesse de vente d'une usine qu'il se proposait d'acheter pour son propre compte et pour celui d'un tiers. Il préleva à diverses reprises dans la caisse sociale la somme de 12 000 000 d'anciens francs pour réaliser ce projet personnel. Puis, renonçant au profit du tiers à utiliser la promesse, il conserva les fonds qu'il avait prélevés. Les versements effectués par la société au profit du président étaient bien portés à la comptabilité, d'une façon équivoque, sous un compte d'ordre qui dissimulait la cause réelle des versements et ne faisait pas apparaître qu'ils avaient été effectués pour le compte du président et dans son seul intérêt.

La poursuite retenait contre le président le délit d'abus des biens sociaux auquel elle joignait une présentation de faux bilan. Le premier versement avait eu lieu en 1953 ; le bilan avait été présenté aux assemblées en 1955 et 1956 ; le réquisitoire introductif était du 27 février 1957.

Une expertise comptable effectuée en 1956 après le départ de l'inculpé avait permis de découvrir le délit.

La Cour de Lyon, dans un arrêt inédit du 22 avril 1966, condamna le président pour délit d'abus des biens sociaux. Elle précisa bien que l'action publique n'avait pu être déclenchée à cause de la clandestinité des faits. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 décembre 1967 [407], confirma ce point de vue.

Le principe étant posé, la Cour de cassation entend désormais affiner sa position. Elle s'engage dans la voie de la précision, en exigeant que les cours et les tribunaux ne se bornent plus à dire que, dans tel cas, il y a ou non prescription. La Chambre criminelle demande que les juges cherchent avec exactitude le moment où le délit est apparu.

---

407 D. 1968.617, note J.M.R.

Les arrêts que nous allons citer et commenter sont le témoignage de ce que nous venons de dire. Dans son arrêt du 13 janvier 1970 [408], la Chambre criminelle a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, parce que les juges de fond n'avaient pas pu fixer avec certitude le jour de l'apparition du délit.

Les circonstances de l'arrêt

Un dénommé M..., autrefois président directeur général d'une société anonyme, était poursuivi sous la prévention d'abus de biens sociaux. On croit savoir que, de 1958 à 1961, lorsqu'il était président de la société anonyme « Electrification du Sud-Ouest », il avait commis le délit précité, en se faisant remettre une commission par une société concurrente à laquelle il avait cédé des marchés souscrits antérieurement par la société qu'il dirigeait.

Le dernier versement fait à M... datait du 5 mai 1961, et la constitution de partie civile de B... avait au lieu le 25 novembre 1964. Bien que trois années se soient écoulées entre l'acte délictueux et la constitution de partie civile, la Cour d'appel de Lyon estima que la prescription n'était pas acquise aux motifs que « le délai de prescription ne commence à courir, en matière d'abus de biens sociaux, qu'à compter du jour où les éléments du délit ont pu être découverts et constatés par la victime ». Or, la Cour d'appel supposait que la victime n'avait eu connaissance des faits délictueux que postérieurement au 8 mai 1963. A cette date, B..., partie civile, avait lui-même comparu devant un tribunal correctionnel sur plainte de M... La Cour de Lyon supposa que B... aurait eu tout intérêt, pour sa défense, de dénoncer M... pour ses faits délictueux; s'il ne l'avait pas fait, c'est parce qu'il n'aurait pas encore su à cette date que M... avait commis le délit. Partant, la Cour de Lyon décida que M... avait dissimulé le délit aux associés et à l'administrateur judiciaire de la société.

La Cour énonça que B... avait eu connaissance de ces faits par la communication de photocopies de correspondances strictement confidentielles adressées à M..., mais B... se refusa à faire connaître dans quelles conditions, grâce à qui, et à quelle date il s'était procuré ces documents. Par ce refus, il s'opposait ainsi à tout contrôle, par le ministère public et par la défense, de la date à laquelle les faits dénoncés par lui avaient été ou auraient pu être connus. La Cour de cassation cassa cet arrêt en donnant à sa décision la teneur suivante :

« Le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour du délit et si ce point de départ peut, en matière du délit d'abus de biens sociaux, en raison de la nature spéciale de cette infraction, être retardé jus-

[408] Cass. crim., 13 janvier 1970, *Rev. soc.*, 1970, p. 474, note J.H.

qu'au jour où le délit est apparu et a pu être constaté, c'est à la condition que cette date ne soit pas hypothétique. En fondant sa décision quant à cette date sur une simple et invérifiable conjecture et non sur une preuve, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

On constate que la Cour de cassation précise de plus en plus sa position. Désormais, elle oblige ainsi les cours et les tribunaux à faire des recherches et des investigations nécessaires pour déterminer avec exactitude la date où le délit a pu apparaître. Autrement dit, le décalage du délai de prescription n'est qu'une exception en faveur de la victime et à la condition qu'il y ait eu dissimulation des faits délictueux ; dans le cas contraire la prescription commence à courir du jour où le délit a été commis.

Tout récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence dans un arrêt du 25 novembre 1975 [409] :

Dans l'affaire « Ducros, de la Rochette et autres », un pourvoi avait été formulé contre un arrêt de la Cour d'appel de Riom, aux motifs que cet arrêt avait refusé de faire droit à l'exception de prescription invoquée par D... qui faisait valoir que les faits à lui reprochés se situaient entre le 22 décembre 1966 et le 25 mars 1967, alors que le réquisitoire introductif d'instance n'avait été signé que le 17 mai 1971. Pour rejeter cette exception, les juges de la Cour de Riom énonçaient que « le délai de prescription n'a commencé à courir que du jour où les délits ont pu être constatés, soit à compter de la date du dépôt de bilan ayant entraîné les investigations du juge commissaire, un rapport d'expertise comptable et, enfin, une requête préliminaire, qui ont permis les présomptions au vu desquelles l'information judiciaire a été ouverte ».

Le procédé de la Cour de Riom rentre dans les vues de la Cour de cassation qui exige une recherche en vue de déterminer la date à partir de laquelle il a été possible de découvrir les éléments constitutifs du délit.

La Chambre criminelle déclare :

« Attendu que par ces énonciations qui fixent d'une manière précise la date à partir de laquelle les faits ont pu être constatés par les actionnaires et les créanciers, date qui ne repose aucunement sur un raisonnement hypothétique comme le soutient vainement le moyen, les juges du fond ont donné une base légale à leur décision. »

Pour conclure, et en accord avec M. Bouloc, nous pouvons dire qu'en « cas d'exception de prescription soulevée par les prévenus, les juges du fond doivent d'abord rechercher si les faits reprochés ont été dissimulés ou non dissimulés. S'ils ne l'ont pas été, les juges ne seraient pas en droit de retarder le point de départ de la prescription. En revanche, en cas de dissimulation, ils peuvent fixer le point de départ de la prescription postérieure-

---

409 *Rev. soc.*, 1976, p. 655, note Bouloc ; J.C.P., II.18476, note Mme Delmas-Marty.

ment à la réalisation des faits, à condition de préciser le jour auquel le délit a pu apparaître et être constaté. » ... « Sans doute, on pourrait se demander si la Chambre criminelle est en droit d'admettre un retard dans le point de départ de la prescription en cas d'abus de biens sociaux dissimulés. Mais, à la vérité, une telle discussion serait vaine, puisque les articles 53 et 247 de de loi du 24 juillet 1966 prennent soin d'indiquer que les actions en responsabilité civile dirigées contre les gérants d'une société à responsabilité limitée ou les administrateurs d'une société anonyme se prescrivent par trois ans à compter du fait dommageable, ou s'il a été dissimulé dès sa révélation. On comprendrait mal que le droit pénal, habituellement plus strict que le droit civil ou le droit commercial, ne prenne pas en considération ces dispositions pour en tirer la conséquence qui s'impose quant à la prescription de l'action publique. Tout au plus serait-il souhaitable qu'une disposition analogue figurât dans les dispositions pénales de la loi de 1966 puisque, en principe, la règle de la solidarité des prescriptions impose la prééminence de l'action publique sur l'action civile. »

D. *Critique de cette jurisprudence*

Cette jurisprudence, largement suivie par les tribunaux, n'est pas à l'abri de toute critique.

Nous estimons comme beaucoup d'auteurs [410] que, tout en facilitant la répression des agissements de certains dirigeants, elle a créé un certain nombre de difficultés sur le plan pratique. De plus, elle n'est pas tout à fait conforme à la logique du droit pénal :

a) On admet que le point de départ de la prescription de l'action publique doit être retardé jusqu'au jour où les éléments du délit ont été découverts et constatés. Mais découverts et constatés par qui et comment ?

Nous avons trois catégories de personnes qui peuvent découvrir le délit — les administrateurs, les actionnaires et les tiers — mais, en raison même de leurs rôles et situations respectifs, ces trois catégories se trouvent placées différemment pour la découverte et la constatation du délit. Elles n'ont pas les mêmes documents entre les mains et, de surcroît, les deux dernières catégories ne peuvent pas participer aux séances du conseil d'administration. D'où trois possiblités de constatation du délit et, partant, trois possibilités de porter plainte. Prenons un exemple schématique :

Un conseil d'administration autorise le remboursement d'un emprunt personnel de son président. A partir du moment où la décision du remboursement a été prise et la somme portée en comptabilité, il est permis de penser que les administrateurs vigilants qui n'avaient pas pris part à la décision

[410] Voir J. M. R., note précitée, *supra*, p. 189.

devaient ou du moins avaient la possiblité de découvrir le délit. Quant aux actionnaires, ils ne pourront se rendre compte de l'existence du délit qu'à partir de l'assemblée générale approuvant les comptes de l'année où la somme a été comptabilisée. Enfin, s'agissant des tiers, ils ne pourront, le cas échéant, prendre connaissance du délit qu'à partir du dépôt du bilan.

Donc, à un seul délit correspondent trois possibilités de porter plainte et du coup trois points de départ possibles de la prescription de l'action publique : d'où la difficulté d'apprécier le point de départ de celle-ci.

b) Le non-conformisme de cette jurisprudence réside dans le fait même de l'abandon de la règle établie par l'article 8 du Code de procédure pénale. On peut volontiers admettre que la prescription ne court pas du jour où le délit a été commis, en cas de clandestinité, mais à partir de celui où le délit a été constaté. Il s'agit d'une « exception prétorienne » admise pour la première fois par la Cour d'appel de Paris « pour ne pas laisser échapper des cas intéressants » [411]. Mais il n'a pas été dit au nom de quel principe juridique on doit accepter cette jurisprudence ! Comme le souligne l'annotateur d'un arrêt de la Cour de cassation [412], « pourquoi, au nom de la même efficacité répressive, le système ne gagnerait-il pas d'autres dispositions pénales ? Puisqu'on décide, sans texte de loi, de confondre la date du délit et celle de la possibilité de sa preuve, il n'y a donc aucune raison de s'arrêter là et d'en user différemment avec une publication de faux bilan, une distribution de dividendes fictifs, une majoration frauduleuse d'apport, un abus de pouvoir, si proche de l'abus des biens, et même avec les délits de droit commun, à commencer par l'escroquerie ». Un autre auteur de renom dit dans le même sens qu'« on ne voit pas pourquoi on n'agirait pas de même avec un meurtrier qui a caché le cadavre de sa victime en faisant partir le délai de la prescription du jour de la découverte du cadavre » [413].

Le même annotateur a voulu tenter d'expliquer le fondement de cette jurisprudence qui confère à chacun un point de départ bien à lui, par la notion de la suspension de la prescription [414]. Il exprime ainsi son idée : « L'impossibilité d'accéder aux documents qui permettent le constat du délit serait assimilée à l'obstacle de force majeure ou de droit dans la théorie classique. On expliquerait ainsi la circonstance que l'obstacle est personnel à chacun des intéressés, qu'il peut disparaître pour l'un et non pas pour l'autre, et que par conséquent la prescription peut être acquise à l'égard de l'un alors qu'elle ne l'est pas pour l'autre. Le système a une apparence logique. Mais l'objection qui vient à l'esprit, c'est qu'il est quand même difficile de tenir pour l'obstacle irrésistible, au sens où on l'a toujours enten-

411 Note, J.M.R., sous Cass. crim., 7 déc. 1967, précité.

412 *Ibid.*

413 Chavanne, « Le droit pénal des sociétés et le droit pénal général », in *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 702, note.

414 J.M.R., note précitée.

du, l'ignorance de fait dans laquelle l'auteur du délit laissait sa victime. Ce serait une conception vraiment nouvelle d'une notion définie depuis longtemps. Une deuxième objection vient de la rédaction des arrêts eux-mêmes : aucun d'eux ne parle d'une prescription qui serait suspendue et qui, par définition, aurait un point de départ avant la suspension. Au contraire, tout l'effort jurisprudentiel a tendu à reporter le point de départ de la commission du délit jusqu'à la faire coïncider avec la date à partir de laquelle on peut constater l'infraction. »

Nous nous permettons de douter de la valeur de cette réflexion : certes, il serait peut-être possible d'invoquer la suspension comme fondement éventuel de la jurisprudence établie par la Cour de Paris. Mais, la suspension « ne fait qu'arrêter le cours de la prescription si bien que le temps déjà écoulé avant sa survenance entre en ligne de compte pour le calcul de délai » [415]. Autrement dit, l'action publique est déjà mise en mouvement lorsqu'un obstacle, soit de droit, soit de fait, vient suspendre le cours de celle-ci. Or, tant que le délit n'est pas découvert, l'action publique n'est pas mise en mouvement ; donc, elle ne peut pas être suspendue. Dès lors, il n'est pas possible de suspendre une action qui n'est pas encore en cours.

§ 2. *Recel d'abus de biens sociaux*

Le recel d'abus de biens sociaux est une notion nouvelle. Les ouvrages juridiques, traitant les questions de droit pénal des sociétés par actions, ont rarement évoqué cette notion.

C'est la Cour de cassation qui a retenu, pour le première fois, la qualification de recel d'abus de biens sociaux en cas de détention de biens provenant de cette infraction. La Cour a déclaré justifiée la condamnation à un an d'emprisonnement et à 5000 francs d'amende prononcée contre celui qui avait non seulement participé à un abus de biens sociaux, en facilitant la consommation de cette infraction, mais encore conservé à titre de récompense des sommes procurées par le délit. Par le même occasion. la cour reconnaît que, si le receleur a, en même temps, participé au fait principal en tant que complice, les deux qualifications de recel et de complicité peuvent être retenues contre lui, vu qu'elles ne sont pas exclusives l'une de l'autre ; les deux déclarations de culpabilité peuvent donc intervenir.

---

[415] Stéfani et Levasseur, précité, p. 105, nº 139.

Nous avons retenu le passage suivant de l'arrêt de la Cour de cassation[416] : « Sur le premier moyen de cassation proposé par V... « en ce que l'arrêt attaqué a déclaré un prévenu coupable du délit de complicité d'abus de biens sociaux à concurrence de 3 883 722,35 francs du même délit ainsi que de celui de recel pour un montant de 1 586 458,64 francs, et enfin du délit de tentative d'escroquerie à concurrence de 2 495 000 francs, tout en constatant que le préjudice global subi par la partie civile du fait des agissements dudit prévenu s'élevait à un total de 3 893 733,35 francs ; alors que les énonciations de l'arrêt attaqué ne permettent pas à la Cour de cassation de déterminer laquelle des trois qualifications, exclusives les unes des autres, doit s'appliquer aux faits retenus à la charge du prévenu, ledit arrêt a violé les textes visés au moyen en méconnaissant le principe selon lequel des faits identiques autrement qualifiés ne sauraient entraîner une multiple déclaration de culpabilité » ; Attendu qu'en constatant que d'une part que V... avait aidé et assisté P... dans les faits qui avaient facilité, à concurrence de 3 893 722,35 francs, les abus de biens sociaux commis par P... et que, d'autre part, il avait sur cette somme recelé celle de 1 586 458,64 francs, conservée par lui à titre de récompense pour son aide frauduleuse, l'arrêt n'a nullement violé le principe selon lequel un même fait frauduleux ne saurait faire l'objet d'une double déclaration de culpabilité ; qu'en fait, rien ne s'oppose à ce que celui qui a été reconnu coupable d'avoir participé, en qualité de complice, à un abus de biens sociaux, puisse être également retenu comme receleur des sommes provenant de ce détournement, que, s'agissant de faits distincts, ces deux déclarations ne sont pas inconciliables... ».

Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire assez fouillé du professeur Bernard Bouloc, dont nous essayons de donner les lignes directrices en ce qui concerne la justification du recel d'abus de biens sociaux.

Le recel est un délit qui n'est pas envisagé seul, il ne peut se commettre qu'à la suite d'un autre délit. Il a toujours été envisagé par rapport aux délits qui atteignent la propriété d'autrui.

Par définition, le délit d'abus de biens sociaux suppose que l'usage des biens sociaux a été fait dans un intérêt personnel. Dans la plupart des cas, le mandataire poursuit cet intérêt personnel et garde pour lui le profit du délit.

Cette apparente incompatibilité pourrait être une explication à l'absence de jurisprudence en cette matière et au silence généralement gardé par les auteurs. Mais elle ne justifierait pas une impossibilité théorique de prononcer une condamnation pour le recel d'abus de biens sociaux.

En effet, l'article 437-3 s'applique aussi à l'usage fait des biens sociaux pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle le dirigeant est

---

416 Cass. crim., 6 janvier 1970, *Rev. soc.*, 1971, note Boube, p. 25 ; *Bull. crim.*, 1970, n° 11, p. 22 (affaire de la Distillerie de la Suze).

intéressé directement ou indirectement. Et, pour la jurisprudence, il y a usage abusif même si la société ne doit supporter aucun préjudice, puisque le législateur sanctionne l'abus des biens, l'abus du crédit, et même l'abus de pouvoir.

La Cour de cassation a donc décidé qu'il y avait abus toutes les fois que la société avait été exposée à un risque qui normalement aurait dû lui rester étranger.

La Cour de cassation a aussi dit que l'article 460 du Code pénal relatif au recel est rédigé en termes généraux et absolus et ne comporte pas de distinction entre les divers crimes ou délits à l'aide desquels la chose recelée a été enlevée, détournée ou obtenue, ni aucune exception. Dans ces conditions, il est donc compréhensible que la Cour de cassation, dans le présent arrêt, considère que le délit de recel puisse s'appliquer lorsque l'infraction originaire est un délit d'abus de biens sociaux.

§ 3. *La complicité*

Elle est punissable selon les règles de droit commun.

§ 4. *La tentative*

Elle n'est pas punissable ; la loi ne la prévoit pas.

§ 5. *Les pénalités*

Le délit de l'article 437-3 est punissable d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2000 à 40 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement.

Section VI

Critique du délit d'abus des biens sociaux

Le délit d'usage abusif des biens sociaux s'applique aux dirigeants des sociétés anonymes, aux gérants des sociétés à responsabilité limitée ainsi qu'à ceux de certaines sociétés de construction [417]. En revanche, il ne s'applique pas aux gérants des sociétés en nom collectif et en commandite simple.

Cette distinction, a-t-on dit, n'est pas arbitraire ; elle est liée à la fois à la genèse du droit pénal des sociétés et à la volonté du législateur de protéger les biens de la société, les intérêts de la minorité, ainsi que ceux des créanciers de la société.

Cependant, sous l'influence de certains facteurs, notamment la pratique des sociétés, spécialement en la forme anonyme, les règles du jeu se sont un peu embrouillées ; il se trouve que le délit d'abus de biens sociaux et du crédit de la société ne peut remplir le rôle qui aurait dû être le sien. Cela nous amène à examiner le problème sous deux aspects : A. application du délit à certaines sociétés ; B. l'échelle des peines.

A. *Application du délit à l'égard de certaines sociétés*

A l'époque où la société anonyme fut consacrée par le législateur, on partait du principe que les sociétés en commandite par actions, auxquelles les sociétés anonymes étaient assimilées, devaient être limitées aux grandes entreprises ; les sociétés à responsabilité limitée devaient servir de cadre aux moyennes entreprises alors que les sociétés de personnes répondaient aux besoins des petites entreprises à caractère familial.

Depuis un certain temps, la pratique de la vie des affaires vient en quelque sorte bouleverser ces données, cela du fait que, de plus en plus, les sociétés en nom collectif et en commandite simple sont abandonnées au profit des autres formes de sociétés, si bien qu'une majorité de petites entreprises à caractère familial adoptent la forme de la responsabilité limitée, voire même celle d'anonyme. Or, plus le nombre de sociétés par actions a augmenté, plus le poids de la répression s'est fait sentir. Il y a en fait une explication à ce phénomène : un lien incontestable existe entre la genèse du délit d'abus de biens sociaux et l'avènement des sociétés de capitaux, au sein desquelles il y a souvent une minorité à protéger contre certaines décisions prises arbitrairement par la majorité. Dans ces conditions, la raison d'être du délit d'usage abusif de biens sociaux se comprend aisément.

---

[417] Voir *supra*, p. 141.

Dans une société en nom collectif, les associés ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales [418], tandis que la responsabilité d'un associé d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée se limite à son apport, ses biens personnels étant préservés. Or, la plupart des entrepreneurs, pour éviter les inconvénients des sociétés de personnes, essaient de créer de petites sociétés dont la responsabilité est limitée pour bénéficier des avantages accordés à celles-ci, ce qui explique surtout le pullulement des sociétés à responsabilité limitée et peut-être, parmi elles, beaucoup de sociétés de façade.

Un gérant apporte seul le capital nécessaire pour constituer une société à responsabilité limitée en vue d'exercer son activité commerciale ; ce faisant il demandera à un homme de paille ou un à ami de s'associer avec lui, et il lui donnera quelques parts pour justifier légalement l'existence de « sa » société.

D'après M. Sousi, bien que le droit français condamne, depuis le décret-loi du 8 août 1935, les sociétés de façade, il faut remarquer que « de telles sociétés ne sont pas en général constituées dans le but de tromper les tiers : elles sont constituées par des individus honnêtes qui entendent profiter des avantages que peut leur offrir la législation commerciale en matière de société. D'ailleurs, d'une manière générale, ces sociétés de façade de petite importance fonctionnent bien et, tant qu'elles sont prospères, le juge n'intervient pas. » [419]

La multiplication des sociétés de ce genre, qui sont pourtant la réalité de la vie des affaires, a bouleversé les données du délit d'abus de biens sociaux et le législateur de 1966 n'en a absolument pas tenu compte et il est regrettable qu'il en soit ainsi. Les conséquences de cette « négligence » sont très graves, étant donné que le délit s'applique également à ces petites sociétés. Nous faisons nôtre l'opinion de M. Sousi, lorsqu'il met en doute la volonté du législateur de protéger la minorité. Celle-ci n'existe pas dans ces petites sociétés qui, nous a-t-on confirmé, sont assez nombreuses en France. Les administrateurs et les gérants de ces sociétés agissent comme si la société était leur bien personnel. Les tribunaux condamnent ces dirigeants, parce qu'ils ont confondu leur propre patrimoine avec celui de la société. Cette confusion de patrimoine ne provient pas nécessairement de la mauvaise foi du gérant, mais plutôt de son ignorance. Or, ils ont plus besoin d'être informés que d'être condamnés.

Donc, ces gérants qui, au départ, ont choisi une forme de société pour éviter les inconvénients des sociétés de personnes, se trouveront dans le champ d'application d'un délit qui en principe ne devrait pas les viser.

---

[418] Art. 10 de la loi du 24 juillet 1966.

[419] Sousi, « Un délit souvent inadapté : L'abus des biens et du crédit de la société », in *Rev. trim. dr. Comm.*, 1972, pp. 297 et ss.

Pour éviter cet inconvénient, il faut arriver à distinguer deux types de sociétés [420] :

1. Les grandes sociétés, comportant beaucoup d'actionnaires, étrangers les uns aux autres, où la nécessité de protéger les droits de la minorité et de préserver les intérêts des créanciers vis-à-vis des agissements frauduleux des dirigeants s'impose par l'application de dispositions pénales assez sévères.

2. Les petites sociétés dans lesquelles l'intérêt social et l'intérêt personnel sont nécessairement confondus et où « la théorie de la distinction des patrimoines reste une pure fiction ». Dans ces sociétés, la répression du délit d'abus de biens sociaux devient inutile, voire même injuste, car il n'y a pas une minorité à protéger. Au cas où il y aurait une confusion de deux patrimoines, les droits des créanciers ne seraient pas lésés car « la valeur absolue » de leur gage n'est pas diminuée.

« Cette distinction, dit M. Sousi dans sa conclusion, n'est pas souhaitable uniquement au regard du délit d'abus de biens sociaux mais aussi pour toute notre législation sur les sociétés. Il est très gênant en pratique que les mêmes règles régissent les sociétés à responsabilité limitée ou les sociétés anonymes quelle que soit leur taille, l'importance économique de ces sociétés. Certes, on fera remarquer qu'à l'origine la correspondance entre l'importance de la société et son cadre juridique était soigneusement respectée, mais les inconvénients de l'entreprise personnelle ont perturbé la logique de la législation. La reconnaissance de la société unipersonnelle, permettant à l'entrepreneur de limiter sa responsabilité et d'obtenir des avantages fiscaux, serait déjà un remède efficace pour éviter le développement des sociétés de façade et de laisser le cadre juridique des sociétés à responsabilité limitée et société anonyme aux moyennes et aux grandes entreprises. » [421]

B. *Critique de l'échelle des peines*

Le délit d'abus de biens sociaux et du crédit de la société se laisse aussi critiquer au point de vue de son échelle des peines : la loi du 24 juillet 1966 prévoit, à ses articles 424 et 437, un emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 2000 francs à 40 000 francs contre les personnes qui se sont rendues coupables du délit d'abus de biens sociaux.

A notre avis, ces peines sont trop et en même temps pas assez lourdes.

Assez lourdes, elles le sont en effet pour les gérants et administrateurs des petites sociétés qui peuvent difficilement supporter de telles peines,

---

[420] Sousi, précité ; Noirel, *op. cit.*, p. 174.

[421] Sousi, *ibid.*

surtout d'amende. Cette attitude aura pour conséquence de freiner l'esprit d'initiative de l'entrepreneur, de crainte de voir supporter une peine d'amende de 20 000 francs, par exemple, en cas de renvoi au tribunal.

Pas trop lourdes, par contre, pour les administrateurs et les gérants de grandes et puissantes sociétés, bien structurées, dont les dirigeants sont en général entourés de bons conseils juridiques, et pour lesquels le montant maximum de l'amende ne représente même pas le prix de certains « dîners d'affaires ». Nous sommes forcés de constater donc que cette échelle des peines n'est pas équitablement établie, en ce sens qu'elle ne frappe pas les dirigeants coupables en fonction de l'importance de leurs sociétés.

Par ailleurs, relevons qu'un détail essentiel a échappé au législateur de 1966 dans la lutte pour la moralisation de la vie des sociétés, détail qu'il faut s'empresser de rétablir : sous l'empire de l'ancienne loi, le condamné pour abus de confiance et escroquerie était aussi passible de certaines peines complémentaires et accessoires.

Ainsi, conformément à la loi du 19 juin 1930, « portant sur l'interdiction de l'exercice de la profession de banquier aux individus frappés de certaines condamnations », toute condamnation notamment pour abus de confiance et escroquerie, ou pour les délits punis par les lois des peines d'escroquerie, par exemple tous les délits que nous venons d'étudier, emporte de plein droit interdiction du droit de gérer à titre professionnel des opérations de banque, des opérations de placements ou de bourse sur les valeurs mobilières, etc. De même, l'article 6 du décret du 8 août 1935, « portant application, aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de banqueroute », dispose que toute condamnation définitive pour délit puni des peines d'escroquerie, entraîne de plein droit déchéance du droit de gérer, administrer ou de diriger à un titre quelconque une société par actions ou une société à responsabilité limitée.

La loi de 1966 a fixé des pénalités indépendantes pour les délits commis dans les sociétés. De ce fait, cette loi a supprimé le système des peines par référence [422]. Cette suppression, disent MM Touffait et Herzog [423], a eu pour « conséquence inattendue et désastreuse que les déchéances du droit de gérer, administrer ou diriger une société ne sont plus encourues par ceux-là mêmes qui ont commis les plus graves infractions au droit des sociétés ». Donc, il faut conclure comme les deux auteurs précités que le vide législatif qui résulte de cette suppression ne peut pas demeurer et il est souhaitable que les incapacités professionnelles soient introduites dans l'éventail répressif des infractions en matière de sociétés commerciales.

* * *

[422] *Rev. sc. crim.*, 1967, pp. 777 et ss.

[423] *Ibid.*

L'expérience acquise par le droit allemand en matière commerciale et la place qu'il occupe en Europe communautaire, où il joue, au moins en partie, un rôle de pilote, mérite qu'on s'y arrête. En effet, après cet examen des solutions du droit français, il est certainement intéressant de disposer d'un élément de comparaison. Pour le tenter et en raison de la connexité avec notre sujet nous n'analyserons que sa solution dans la répression de l'abus des biens sociaux.

Section VII

La répression du délit d'abus des biens sociaux en Allemagne [424]

Les premiers textes législatifs érigeant en délit spécial les agissements constitutifs d'abus de biens sociaux et du crédit de la société virent le jour, en Allemagne, à la même époque où fut promulgué en France le décret-loi du 8 août 1935 se rapportant à la responsabilité pénale des administrateurs et aux attributions des commissaires aux comptes dans les sociétés.

La loi du 26 mai 1933, en ajoutant un article 81-a à la loi du 20 avril 1892 sur les sociétés à responsabilité limitée, sanctionna d'une peine d'emprisonnement et d'une amende « quiconque en qualité de gérant, de liquidateur ou de membre d'un conseil d'administration ou d'un organe semblable d'une société à responsabilité limitée agit avec préméditation au détriment de la société ».

Le libellé de cette rédaction s'apparente bien aux dispositions contenues dans les paragraphes 294 et 301 de la loi française du 30 janvier 1937 sur les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions.

Cependant, si les lois allemande et française sur la répression du délit d'abus des biens sociaux datent approximativement de la même époque, elles ont connu des évolutions différentes dans chacun des deux pays.

Ainsi, tandis que la loi française connaissait immédiatement une grande fortune auprès des magistrats qui pouvaient dès lors atteindre tous les agissements délictueux, la nouvelle loi allemande, au libellé très extensif et où la constitution du délit n'était pas subordonnée à des agissements accomplis dans un but personnel ou intéressé, ne rencontrait qu'un intérêt limité. La raison d'une telle situation s'explique aisément, lorsqu'on sait qu'en Allemagne les agissements répréhensibles des dirigeants pouvaient et peuvent toujours être sanctionnées en vertu des prescriptions du Code pénal et par application des principes généraux du droit pénal économique.

---

424 La répression de l'abus des biens sociaux en Allemagne a fait l'objet d'une étude approfondie de Fridmanis, dont nous donnons ici un résumé. L'article est publié dans la *Rev. trim. dr. comm.*, 1966, pp. 555 et ss.

En France, une application extensive de l'article 408 du Code pénal, étant contraire aux principes généraux du droit pénal, ne pouvait pas permettre d'atteindre tous les agissements frauduleux des dirigeants sociaux, notamment l'abus du crédit : il fallait donc modifier la loi sur les sociétés pour permettre aux tribunaux d'agir dans ce sens.

C'est pourquoi, il importe d'examiner préalablement les dispositions du droit pénal économique. Un tel examen permettra de mieux délimiter ensuite la portée des nouvelles lois de 1933 et 1937.

Dispositions du droit pénal

Le Code pénal allemand prévoit trois types de délits :

1. « Betrug » ou escroquerie (art. 263) [425].
2. « Unterschlagung » ou détournement (art. 246) [426].
3. « Untreue » ou abus de confiance (art. 266) [427].

---

[425] Article 263 du Code pénal allemand (Betrug) :

§ 1. Sera puni sous l'inculpation d'escroquerie d'une peine de prison et, éventuellement d'une amende et de la déchéance de ses droits civiques tout individu qui, afin de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage pécuniaire illicite, aura préjudicié à la fortune d'autrui en provoquant ou en entretenant (maintenant) une erreur ou en dissimulant des faits véridiques.

§ 2. S'il y a lieu de retenir des circonstances atténuantes, il pourra être prononcé une peine d'amende.

§ 3. La tentative est punissable en l'occurrence.

§ 4. Il sera prononcé au lieu de la peine d'emprisonnement une peine de travaux forcés de dix ans au plus dans les cas particulièrement graves.

§ 5. Si l'escroquerie a été commise au préjudice de proches parents, tuteurs ou éducateurs, la poursuite n'aura lieu que sur dépôt d'une plainte ; celle-ci pourra être retirée.

[426] Article 246 du Code pénal allemand (Unterschlagung) :

§ 1. Tout individu qui se sera approprié illicitement un bien mobilier appartenant à autrui, qui était en sa possession ou sous sa garde, sera puni sous l'inculpation de détournement, d'un emprisonnement de trois ans au maximum et, si ce bien lui avait été confié, d'un emprisonnement de cinq ans au maximum.

§ 2. S'il y a lieu de retenir des circonstances atténuantes, il sera prononcé une amende.

§ 3. La tentative est punissable en l'occurrence.

[427] Article 266 du Code pénal allemand (Untreue) :

§ 1. Sera puni, sous l'inculpation d'abus de confiance, d'une peine de prison et d'une amende tout individu qui aura abusé des pouvoirs de disposer des biens appartenant à autrui ou d'obliger les tiers, qu'il détient de la loi, de l'autorité ou d'un acte juridique ou qui aura enfreint volontairement les obligations d'agir dans l'intérêt pécuniaire d'un tiers que lui impose la loi, une autorité, un acte juridique ou fiduciaire et qui aura, de ce fait, préjudicié à la personne dont il avait la charge des intérêts. Il pourra être prononcé, en outre, la déchéance des droits civiques.

§ 2. Il pourra être prononcé une peine de travaux forcés de dix ans au maximum dans les cas particulièrement graves.

§ 3. Si l'infraction a été commise à l'encontre de proches parents, de tuteurs ou éducateurs, le délinquant ne sera poursuivi que sur dépôt d'une plainte. Celle-ci pourra être retirée. (Traduction donnée par FRIDMANIS).

Le « Betrug » correspond très exactement au délit d'escroquerie ; l'article 263 du Code pénal allemand sanctionne sous cette inculpation tout individu qui, afin de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage pécuniaire illicite, aura préjudicié à la fortune d'autrui en pratiquant ou en entretenant une erreur, soit en alléguant des faits reconnus faux, soit en détournant ou dissimulant des faits véridiques.

La notion d'« Unterschlagung » pourraît être traduite par le terme de détournement. Cette notion est opposée à l'« Untreue » qui serait l'équivalent de ce qu'on appelle en droit français abus de confiance.

L'auteur dit qu'en examinant la définition de ces deux notions, telle qu'elle est donnée par le législateur allemand, on s'apercevrait que l'« Unterschlagung », qualifiée de détournement, se rapproche de l'abus de confiance alors que l'« Untreue » constitue une catégorie juridique originale que le droit français ne connaît pas.

Sous l'inculpation de détournement, l'article 246 du Code pénal allemand punit d'un emprisonnement de trois ans au maximum tout individu qui se sera approprié illicitement un bien mobilier appartenant à autrui, en sa possession ou sous sa garde, cette peine étant portée à un maximum de cinq ans si ce bien appartenant à autrui lui avait été confié.

La définition de l'article 246 du Code pénal allemand se rapproche de celle donnée par l'article 408 du Code pénal français puisque, à peu près, les sept contrats prévus par l'article 408 du Code pénal français peuvent tous être englobés dans la formule très générale de « en sa possession ou sous sa garde » retenue par le législateur allemand.

L'« Untreue », bien que traduite par certains auteurs par le terme d'abus de confiance, doit cependant en être soigneusement distinguée. Ce terme, dont le sens en français pourrait être traduit par celui de félonie ou infidélité, correspond sur le plan pénal à un manquement au principe de la bonne foi.

L'article 266 du Code pénal allemand punit « tout individu qui aura abusé des pouvoirs de disposer de biens appartenant à autrui ou d'obliger les tiers, qu'il détient de la loi, de l'autorité ou d'un acte juridique, ou qui aura enfreint volontairement les obligations que la loi, une autorité, un acte juridique ou un rapport de fidélité lui imposent, d'agir dans l'intérêt pécuniaire d'un tiers, ou qui aura de ce fait préjudicié à la personne dont il avait la charge des intérêts ». Donc, l'« Untreue » apparaît plutôt comme un délit contre la fortune en général, l'infraction est constituée dès lors qu'une atteinte est portée au patrimoine d'autrui en violation d'une obligation. Le délit de l'article 246, lui, est un délit contre la propriété impliquant la possession d'une chose mobilière et son appropriation illégale.

C'est donc l'article 266 du Code pénal allemand qui constitue l'essentiel du système répressif allemand permettant de sanctionner l'abus de biens sociaux et du crédit de la société.

Le délit de l'article 266 prénommé, qu'on pourrait désormais traduire par le « délit d'infidélité » recouvre deux infractions distinctes : a) le « Missbrauch », équivalent de la notion d'usage irrégulier ; b) le « Treubruch », traduit à peu près par la notion de la rupture d'un lien de fidélité.

a) *Missbrauch*

Ce délit est constitué lorsqu'un individu a abusé des pouvoirs qui lui permettaient, en vertu de la loi, de l'autorité ou d'un acte juridique, de disposer des biens appartenant à autrui et qui, par ses actes, a causé un préjudice à la personne dont il avait la charge des intérêts.

Le délit d'usage fautif suppose quatre conditions :

A. Au départ, et en premier lieu, son auteur dispose « du pouvoir d'obliger les tiers ou de disposer de biens appartenant à autrui ».

   A son tour, et parallèlement au droit civil allemand, ce pouvoir résulte :

   — d'une part des actes juridiques créant une obligation : contrat de vente, location, cautionnement, souscription d'une reconnaissance de dette ou acceptation d'un effet de commerce ;

   — d'autre part des actes dits de disposition : transfert de propriété, encaissement d'une créance, constitution d'une hypothèque ou d'un gage.

B. En second lieu, et c'est la deuxième condition, pour qu'il y ait délit d'usage fautif, l'auteur « doit détenir ses pouvoirs de la loi, de l'autorité ou d'un acte juridique ». Il doit donc être habilité à exercer effectivement son pouvoir de représentation.

C. L'auteur, en troisième lieu, doit « faire un usage fautif de ses pouvoirs ». L'usage fautif implique donc le dépassement des limites des attributions confiées. Ce sera le cas par exemple lorsque l'associé d'une société en nom collectif se porte caution au nom de la société pour une dette qui lui est personnelle. L'usage fautif doit avoir entraîné un préjudice.

D. Enfin, et en quatrième lieu, le préjudice « accompli volontairement et en pleine connaissance » doit frapper le patrimoine dont l'auteur « avait la charge, en vertu de la loi, d'une autorité ou d'un acte juridique ». Il doit y avoir coïncidence entre l'intérêt dont l'auteur avait la charge et l'intérêt lésé.

Comme exemples de telles atteintes au patrimoine, la jurisprudence indique les dépenses somptuaires, les acquisitions et les investissements inutiles, la vente d'éléments d'actif de la société au-dessous de leur valeur, la conclusion de contrats d'achats à des prix et conditions excluant tout bénéfice.

Par contre, les dépenses mesurées que l'entreprise peut supporter ainsi que les opérations découlant d'une gestion ordonnée ne sauraient être considérées comme actes délictueux d'infidélité. La vie des affaires implique aussi la nécessité de prendre un certain nombre de risques.

De même, la personne qui, par son action, occasionnerait un désavantage ou un préjudice « sans intention de nuire », mais par simple incompétence ou sans qu'il y ait faute de sa part, ne saurait être poursuivie sous l'inculpation d'infidélité.

Cependant, et à la différence des prescriptions légales françaises, le droit allemand n'exige pas, pour caractériser une infraction, que l'auteur soit animé par une intention de s'enrichir ou même de se procurer un avantage moral.

b) *Treubruch*

Le délit est constitué lorsqu'un individu enfreint les obligations que lui imposent la loi, l'autorité, un acte juridique ou un rapport de fidélité et qui aura, de ce fait, porté préjudice à la personne dont les intérêts lui sont confiés. L'infidélité est réputée commise lorsque l'auteur utilise à son profit exclusif des biens dont il a la charge et sur lesquels il doit veiller.

Cette notion est donc plus large que celle d'usage abusif :

1. L'obligation de prendre soin de la fortune d'autrui peut procéder non seulement de la loi, mais également d'une relation particulière existante entre deux parties.
2. Il n'est pas nécessaire que l'auteur soit investi à l'égard des tiers d'un pouvoir d'obliger ou de disposer. L'élément déterminant est ici d'ordre purement interne et résulte de l'obligation de prendre soin du patrimoine d'autrui.

Cette infraction exige pour sa constitution :

a) L'obligation de prendre en charge les intérêts pécuniaires d'autrui. Celle-ci ne peut découler simplement d'une pure application du principe général de la bonne foi qui doit présider d'une manière générale aux relations entre individus. Bien au contraire, cette obligation doit être à la fois déterminante pour la qualification juridique des rapports entre les parties et revêtir une certaine ampleur.

b) Cette obligation doit trouver son origine dans la loi, l'autorité, un acte juridique ou un rapport particulier de fidélité.

La cause de l'obligation mise à la charge de l'auteur ne doit pas nécessairement s'accompagner ici de l'octroi de pouvoirs à l'égard des tiers ; donc, le champ d'application du délit se trouve sensiblement élargi. En résumé,

il doit y avoir une atteinte et celle-ci doit avoir été portée à l'obligation de fidélité. Cette atteinte peut résulter non seulement d'un acte juridique, mais même d'une simple voie de fait, d'une omission coupable pouvant consister à passer sous silence certaines choses, un vol ou un détournement.

Cette atteinte doit avoir entraîné un préjudice. L'auteur de l'atteinte doit même avoir agi en connaissance de cause.

La tentative n'est pas punissable pour les infractions prévues par l'article 266 du Code pénal allemand.

Seules les personnes se trouvant à l'égard de la victime dans un rapport de « Treubruch », c'est-à-dire de loyauté, de fidélité, sont susceptibles d'être poursuivies comme auteurs ou coauteurs.

Par contre, tout individu peut être recherché comme participant s'il a agi en qualité de complice, de comparse ou d'instigateur. Les peines encourues sont en premier lieu la prison et l'amende.

Conformément aux dispositions générales édictées par l'article 16 du Code pénal allemand, la peine de prison ne peut excéder cinq années; de même l'article 27 de ce code limite-t-il à 10 000 DM le montant de l'amende.

La prescription est de dix ans à compter de la date à laquelle le délit a été consommé.

Les personnes qui sont susceptibles de se rendre coupables du délit de l'article 266 du Code pénal sont :

a) les gérants, les liquidateurs, les membres du conseil d'administration ou de la direction d'une société à responsabilité limitée ;

b) les membres du conseil d'administration (« Vorstand »), ceux du conseil de surveillance (« Aufsichtsrat ») et les liquidateurs d'une société anonyme ;

c) les associés personnellement responsables d'une société en commandite par actions.

A cela s'ajoutent tous les cadres dirigeants au sens large du terme (directeurs ou fondés de pouvoir) qui peuvent être poursuivis.

Eléments constitutifs des infractions réprimées par la loi

Les trois principaux éléments constitutifs sont :

— Premier élément : le dirigeant de la société doit en premier lieu avoir agi au détriment de la société.

— Deuxième élément : l'auteur doit, en outre, avoir agi volontairement, en connaissance de cause.

— Troisième élément : le délit est consommé lorsque l'atteinte au patrimoine est réalisée.

Comme exemples d'« Untreue » commise dans le cadre de l'article 81 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée et de l'article 294 de la loi sur les sociétés anonymes, nous pouvons citer :

a) Le conseil d'administration d'une société anonyme, sur la base d'un faux bilan, distribue des bénéfices fictifs et supprime ultérieurement le découvert grâce aux excédents dégagés par l'émission de nouvelles actions à un cours plus élevé. Il suffit donc d'une altération même passagère de la situation des biens pour que le délit soit constitué.

b) Un membre du conseil d'administration ou un gérant prélève un appointement supérieur à celui auquel il a droit ; la ratification du conseil de surveillance ou des associés ne suffit pas à couvrir ses agissements.

c) Le conseil d'administration se comporte d'une manière déloyale au moment de la détermination de ses conditions de fonctionnement.

d) L'acceptation de gratifications occultes par un dirigeant de société pour donner son accord en vue de la passation d'un marché.

e) Des inscriptions de mentions comptables inexactes de nature à porter préjudice à la société ou à lui faire courir des risques.

Considérations finales

L'analyse faite ci-dessus des divers types de délits montre bien, comme nous l'indiquions au début de ce chapitre, que le législateur allemand est aussi soucieux d'assurer d'une manière complète et efficace la répression des actes constitutifs de l'abus des biens sociaux et du crédit de la société.

Bien plus, la loi allemande atteste une portée qui va bien au-delà des autres lois, en particulier de la loi française.

D'une part, le cercle des personnes punissables est plus étendu puisqu'il inclut également, en plus des cadres dirigeants, les liquidateurs des sociétés.

D'autre part, les éléments constitutifs du délit sont moins limitatifs, puisqu'ils n'incluent pas la nécessité d'avoir agi dans un intérêt personnel direct ou indirect.

Enfin, le délit d'« Untreue » permet en plus de poursuivre toute personne ayant la charge du patrimoine d'autrui en raison d'un simple rapport de

fidélité ou de loyauté pour tout préjudice intentionnellement occasionné. Cette particularité du droit allemand s'inscrit bien dans la mentalité et la philosophie allemandes, où le sens du devoir joue un rôle primordial et où la loyauté et la confiance doivent présider aux relations entre individus.

En permettant aux autorités judiciaires de réprimer rapidement tous les actes répréhensibles découlant de l'abus des biens sociaux, le législateur allemand ne fait que transposer dans les entreprises les principes en vigueur dans la société.

Conclusion

Nous conclurons en commençant par citer deux phrases de M. Bellegou, rapporteur de la commission des lois, prononcées lors de son rapport général sur les dispositions pénales de la loi du 24 juillet 1966. Il avait notamment dit que « la nouvelle loi avait pour but de moraliser en quelque sorte la vie des sociétés » et « qu'il ne fallait pas compter sur la loi pénale pour inciter les gens à la sagesse ».

Faute d'expérience du droit des sociétés, nous ne pouvons malheureusement pas nous rendre compte de la portée pratique des propos cités ci-dessus. Mais un magistrat de la Cour d'appel de Paris nous a confié que l'un des mérites de la loi de 1966 était d'avoir provoqué une nette régression des infractions commises lors de la constitution de sociétés. Le Parquet vit actuellement une période assez calme en ce qui concerne ces infractions.

A ce propos, il est aussi facile de constater, de par la date des décisions des cours et des tribunaux, que ceux-ci ne se sont que rarement penchés sur les infractions de la période de la constitution, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Il est utile d'ajouter que cette régression est aussi la conséquence du changement de tactique de ceux qui se servaient de la constitution d'une société comme outil d'une escroquerie. Ce changement résulte principalement du fait que le législateur a assorti les formalités de la constitution de mesures pénales assez sévères. La présence obligatoire d'un notaire a aussi joué un rôle prépondérant dans la diminution de ces infractions.

Quant au délit d'abus des biens sociaux, on est forcé de constater qu'il s'agit d'une infraction assez courante. En mettant l'accent sur l'intérêt personnel et l'abus du crédit, le décret-loi du 8 août 1935, dont les termes sont repris par la loi de 1966, a rendu les tribunaux à même de réprimer ce délit.

Le fait que de nombreux cas sont déférés devant les tribunaux n'est pas tant dû à la malhonnêteté des gérants et des administrateurs qu'à la mauvaise adaptation de ce délit. Certes, il est toujours possible de corriger, d'atténuer la rigueur de la loi par le jeu des circonstances atténuantes et par le rôle modérateur du Parquet, mais nous pensons qu'il est souhaitable de faire la distinction entre les grandes et les petites sociétés, assortie de pénalités appropriées.

En somme, l'existence du droit pénal des sociétés se révèle parfaitement justifiée. Le droit pénal général ne peut pas suffisamment assurer la protection des tiers et des actionnaires contre les éventuels abus des dirigeants sociaux. Nous avons vu que l'idée de la protection accrue a prévalu dans la modification de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867.

Il est frappant de relever la contradiction qui existe entre l'intention et l'acte du législateur.

En effet, comment expliquer que le législateur de 1966, tout en affirmant sa volonté d'introduire, voire d'imposer une certaine morale dans la vie des sociétés, a cru devoir supprimer les peines accessoires dont le mérite était justement de sanctionner plus sévèrement les dirigeants indélicats.

Or, précisément, tout porte à croire que les mandataires loin de devoir craindre la rigueur des peines qui les menaceraient éventuellement sont, au contraire, placés dans une position avantageuse.

Nous espérons que le bon sens prévaudra le plus tôt possible, permettant au législateur de revoir sa position sur la question. A moins que — ce que nous ne croyons pas et ce ne sont pas les événements récents qui nous démentiront — le législateur ait décidé de jouer la carte de la confiance dans la sagesse des mandataires. Mais en nous référant aux nombreuses modifications dont la loi de 1966 a fait l'objet depuis sont entrée en vigueur il nous est permis d'être optimiste.

Bibliographie

BASTIAN, Daniel : « La réforme du droit des sociétés commerciales », in *JCP* 1967.I.2121 et 1968.I.2183.

— « Rémunération des administrateurs », in *J. cl. Sociétés*, fasc. 130-4.

CHAMPAUD, Claude : *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris, 1962.

CHAVANNE, Albert : « Le droit pénal des sociétés et le droit pénal général en droit français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XV, 1963, pp. 140 et ss.

CONSTANTIN, Léon : *Droit pénal des sociétés par actions*. Paris, 1968.

CONSTANTIN, Léon et GAUTRAT, Albert : *Traité de droit pénal en matière de sociétés*. Paris, 1937.

DALSACE, André : « La protection des minorités et le projet de loi sur les sociétés », in *Travaux de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires, Etudes sur le projet francais de réforme des sociétés commerciales*, Paris, 1965, pp. 35 et ss.

— « Réflexions d'un commercialiste sur le droit pénal des sociétés », in *Rev. soc.*, 1966, n° 4.

— « Observations sur la loi sur les sociétés commerciales », in *Rev. soc.*, 1967, p. 137.

— « Aperçus critiques sur le projet de loi sur les sociétés commerciales », in *Rev. soc.*, 1965, p. 15.

DELMAS-MARTY, Mireille : *Droit pénal des affaires*. Coll. Thémis, Paris, 1973.

DERICKE, Alexandre : *Le mandat dans l'abus de confiance*. Thèse, Paris, 1935.

DIDIER, Paul : *Droit commercial*. Paris, 1970.

ESCHAPASSE, René : *Du rôle du notaire dans la constitution des sociétés par actions*. Thèse, Poitiers, 1932.

FLATTET, Guy : *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*. Thèse, Paris, 1950.

FRIDMANIS, Georges : « La répression de l'abus de biens sociaux en Allemagne », in *Rev. trim. dr. comm.*, 1966, pp. 555 et ss.

GARÇON, Emile : *Code pénal annoté*, revu par M. Patin, M. Rousselet et M. Ancel, t. III (art. 402 à 463). Paris, 1959.

GAVALDA, Christian : « Les délits concernant les fausses déclarations et majorations frauduleuses d'apports (déclaration notariée mensongère, simulation et publication de faits faux, majoration frauduleuse des apports en nature) », in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes ; Etudes de droit*, sous la direction et avec une préface de Joseph Hamel. Paris, 1955, pp. 17 et ss.

GORE, François : *Droit des affaires*. Paris, 1973.

— « Affaire du Comptoir National du Logement », in *J.C.P.* 1964.I.1855.

GOZARD, Giles : *La responsabilité du président du conseil depuis la loi du 16 novembre 1941*. Thèse, Paris, 1941.

HEMARD, J. : « Les sanctions pénales en droit privé », in *Travaux et mémoires de l'Université de Lille*, XXV.

HEMARD, Jean, TERRE, François et MABILLAT, Pierre : *Sociétés commerciales*. t. I, Paris, 1972.

— *La réforme des sociétés commerciales. Décret n° 67-236 du 23 mars 1967*, commentaire analytique. Paris, 1967.

HERSANT, A. Maurice : « L'abus des biens et du crédit des sociétés », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence*. Recueil Patin, 1966, pp. 341 et ss.

HERZOG, Jacques-Bernard : « Les responsabilités pénales encourues par les administrateurs de sociétés anonymes pour abus des biens et du crédit de la société », in *J.C.P.* 1966.I.2032.

— « Rêveries d'un pénaliste solitaire sur le droit pénal des sociétés », in *D.* 1966, chron., pp. 91 et ss.

KEVORKIAN, J. Arman : « Quelques critiques pragmatiques de la loi française sur les sociétés commerciales », in *Gaz. Pal.*, 1968.II.Doct., pp. 97 et ss.

LARGUIER, Jean : *Droit pénal des affaires*. Coll. U. Paris, 1970.

— « Le point de départ de la prescription en matière d'abus des biens sociaux », in *Mélanges Roger Secrétan*. Montreux, 1964, pp. 159 et ss.

LAUNAIS, Henry : « L'abus des biens et du crédit de la société par les administrateurs de sociétés anonymes », in *Gaz. Pal.* 1963.I.Doct., pp. 44 et ss.

— « Les pouvoirs de l'Assemblée générale en matière d'abus des biens et du crédit de la société », in *Gaz. Pal.* 1963.I.Doct., pp. 79 et ss.

LAUNAIS, Henry et ACCARIAS, Louis : *Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée*. Paris, 1964.

LEBLOND, Jean : « Des abus de confiance commis par des administrateurs, gérants ou directeurs de sociétés », in *Journ. soc.*, 1934, n° 4.

— « Les pouvoirs respectifs de l'Assemblée générale, du Conseil d'administration, du Président directeur général, et du Directeur général adjoint, dans la doctrine institutionnelle », in *Gaz. Pal.*, 1957.1.Doct., p. 29.

LEBOULANGER, Max : *L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal*. Thèse, Lyon, 1938.

LUGAN, Jean : « Irrespectueuse exégèse », in *Gaz. Pal.*, 1969.I.Doct., pp. 143 et 144.

MAZARD, Jean : « Aspects de droit économique français », in *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 19 et ss.

MAZEAUD, Léon : « La souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant. op. cit.*, pp. 125 et ss.

Nguen Xuan CHANH : « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », in *D.* 1968, chron., pp. 27 et ss.

NOIREL, Jean : *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*. Paris, 1958.

PATIN, Maurice, CAUJOLLE, Paul, AYDALOT, Maurice et ROBERT, Jean-Marie : *Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires*. Paris, 1974.

PEDRAZZI, César : « Rapport général présenté à propos de la responsabilité pénale des administrateurs des sociétés », in *Travaux de l'Association Henri Capitant. op. cit.*, pp. 125 et ss.

PIEDELIÈVRE, B. : *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes d'après la loi du 24 juillet 1966*. Paris, 1967.

PINOTEAU, Charles : *Le code des sociétés (dispositions pénales)*. Paris, 1969.

— « A propos de la rémunération des dirigeants des sociétés », in *Gaz. Pal.*, 1971.I. doct., p. 50.

— « Délit d'abus des biens et du crédit de la société », in *Gaz. Pal.*, 1969.1.doct., p. 165.

— « De la notion d'acte contraire à l'intérêt social dans le délit d'abus des biens ou du crédit de la société », in *Gaz. Pal.*, 1952.1.doct., p. 17.

PONTAVICE, Emanuel du : « La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme », in *Mélanges en l'honneur de professeur Daniel Bastian*, t. 1, pp. 177 et ss.

RIPERT, Georges : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, 1946.

— *Idem*, 2e éd., Paris, 1951.

— *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., par René Roblot. Paris, 1968.

RIVES, Georges : « Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales », in *Rev. trim. dr. comm.*, 1969, pp. 407 et ss.

RIVIÈRE, M.-F. : *Commentaire de la loi du 14 juillet 1867 sur les sociétés commerciales*. Paris, 1868.

ROBERT, Jean-Marie : *Le droit pénal des affaires. PUF*. Paris, 1976.

— « Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature », in *D.* 1974, chron., pp. 97 et ss.

ROUSSELET, Marcel et PATIN, Maurice : « Les souscriptions par prête-nom dans les sociétés par actions », in *Rev. sc. crim.*, 1939, pp. 417 et ss.

SAVATIER, René et Jean et LELOUP, Jean-Marie : *Droit des affaires*, 5e éd., Paris, 1977.

SOUSI, Gérard : « Un délit souvent inadapté : l'abus des biens et du crédit de la société », in *Rev. trim. dr. comm.*, 1973, pp. 297 et ss.

STEFANI, Gaston et LEVASSEUR, Georges : *Droit pénal général et procédure pénale*, t. I. Paris, 1966.

TOUFFAIT, Adolphe et HERZOG, Jaques-Bernard : « Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés », in *Rev. trim. dr. comm.*, 1967, pp. 777 et ss.

TOUFFAIT, Adolphe, ROBIN, Jean, AUDUREAU, André et LACOSTE, Jacques : *Délits et sanctions dans les sociétés*. 2e éd., Paris, 1973.

TROCHU, Michel, JEANTIN, Michel et LANGE, Daniel : « De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés », in *D.* 1975, chron., pp. 7 et ss.

TUNC, André : « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », in *D.* 1952, chron., pp. 73 et ss.

VERDIER, Jean-Maurice : « L'abus de mandat social : abus des biens et du crédit de la société ; abus des pouvoirs », in *Hamel, op. cit.*

VERON, Guy : *Le président directeur général dans les sociétés anonymes*. Paris, 1958.

VITU, André : « La définition et le contenu du droit pénal économique », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*. Paris, 1961.

Achevé d'imprimer
sur les presses de l'Imprimerie Vaudoise,
à Lausanne
en juin mil neuf cent septante-sept.